



PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

2019

**PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO
PENAL DE LA EMPRESA**

Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)

Facultad de Derecho

Universidad de San Martín de Porres



Felipe Villavicencio Terreros
(Director)

Oscar Wilfredo Mejía Villanueva

Piero Luis Granados González

Mario Enrique Salvador Meza

Samuel Eduardo Correa García

Juan Víctor Arias Jiménez

Renzo Dante Mendoza Urrutia

Magaly López Arenas

(Coordinadora del CEDP)

INDICE

PRESENTACIÓN	7
La legitimación de la actividad punitiva del Estado en el Derecho penal de la empresa	10
I. Introducción	11
II. La intervención del Estado en el sistema económico.....	12
III. Concepto de bien jurídico como criterio de optimización de las esferas de libertad 15	
IV. Legitimidad de la actividad punitiva del Estado en la actividad económica.....	19
V. Legitimidad de la intervención de la actividad punitiva en Derecho penal de la empresa	21
VI. Conclusiones.....	22
La imputación objetiva en el Derecho Penal de la empresa	24
I. Imputación objetiva	25
1. Aspectos generales.....	25
2. La imputación objetiva aplicada al Derecho Penal de la empresa	26
3. Los roles económicos	27
4. La creación de un riesgo no permitido	28
5. La distinción entre los delitos empresariales con los delitos comunes y la clasificación de los delitos de preparación	30
6. Posición de garante dentro de la empresa.....	32
II. Conclusiones.....	33
El estado actual del Derecho penal de la empresa en la doctrina contemporánea	34
I. Introducción	35
II. Doctrina extranjera	35
1. Santiago Mir Puig y la empresa	35
2. Isidoro Blanco Cordero.....	37
3. Bernardo Feijoo Sánchez.....	39
III. Doctrina nacional.....	40
4. Percy García Cavero: devenir histórico de la persona jurídica tránsito del justo al injusto	40
5. Luis Miguel Reyna Alfaro: el modelo de prevención y el derecho penal	43
6. Luis Miguel Reyna Alfaro: la exención y la atenuación de la responsabilidad penal en el modelo de prevención.....	46
7. El criminal compliance según Gustavo A. Arocena	49
IV. Conclusiones.....	52

V. Recomendaciones.....	52
La responsabilidad de la persona jurídica	54
I. Introducción	54
II. Evolución normativa.....	55
III. Atribución de responsabilidad	56
IV. Extinción de la acción penal	57
V. Medidas administrativas.....	59
VI. Pedido de parte.....	60
VII. Determinación de las medidas aplicables	60
VIII. Reincidencia	61
IX. Aplicación de las medidas.....	61
X. Pasos para la imposición de multas y medidas administrativas	62
XI. Posibilidad de aplicación	62
XII. Ámbito procesal	63
XIII. Conclusiones.....	64
XIV. Recomendaciones.....	65
Algunos alcances sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento...66	
I. Introducción	66
II. Qué es el <i>compliance penal</i>	67
III. La modernidad como una sociedad del riesgo	70
IV. Finalidad e importancia de un programa de cumplimiento dentro de una empresa 71	
V. Un buen programa de cumplimiento como contención de la responsabilidad penal 72	
VI. Qué es un oficial de cumplimiento.....	73
VII. Funciones del oficial de cumplimiento	75
VIII. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.....	78
IX. Hipótesis predominante de imputación	79
X. Conclusiones.....	82
La problemática de la autoría y participación en la criminalidad empresarial del Derecho penal económico	85
I. Introducción	85
II. Autoría y participación en los delitos económicos.....	86
1. <i>Antecedentes del concepto de autor y sus clases</i>	86
2. <i>Antecedentes de la participación y sus tipos</i>	91
III. La adecuada imputación de responsabilidad penal a los integrantes de la criminalidad empresarial	93

Referencias ¡Error! Marcador no definido.

PRESENTACIÓN

Durante el año académico 2019, los alumnos miembros del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Oscar Mejía Villanueva, Piero Granados Gonzáles, Mario Salvador Meza, Samuel Correa García, Juan Arias Jiménez y Renzo Mendoza Urrutia, desarrollaron distintos temas en el marco de *Problemas actuales del Derecho Penal de la empresa*, que he tenido el agrado de dirigir.

En anteriores publicaciones, los temas que más destacaron fueron los delitos funcionariales, lo que conllevó a que en esta presentación se abordaran otros tópicos de suma relevancia actual como los delitos cometidos en las estructuras empresariales, tomando para ello, como base de investigación, la diversa doctrina nacional y extranjera sobre la materia, así el marco normativo vigente (Ley n.º 30424 y sus modificaciones, el D. S. n.º 002-2019-JUS, normas técnicas peruanas ISO 19600 y 37001).

Oscar Mejía Villanueva analiza la legitimación punitiva del Estado en el Derecho Penal de la empresa con ocasión a las diversas discusiones dogmáticas que giran en torno a los conceptos de bien jurídico, imputación en estructuras complejas y deberes de control y vigilancia, entre otros. Analiza la legitimidad de la intervención punitiva del Estado en la actividad económica, para finalmente evaluar la legitimidad de intervención del Derecho penal en el campo del Derecho de la empresa.

Piero Granados González centra su estudio en determinar si la teoría de la imputación objetiva puede ser aplicada en el campo de los delitos económicos, o en su defecto, esta debe ser reelaborado para su tratamiento. Así, analiza instituciones como los roles económicos, la creación del riesgo no permitido, la posición de garante dentro de la empresa, para luego exponer la distinción entre los delitos empresariales con los delitos comunes y la clasificación de los delitos de preparación.

Mario Salvador Meza reconoce que la responsabilidad de la persona jurídica es un asunto de interés por parte de la doctrina nacional y extranjera. Por ello, expone el estudio del Derecho penal de la empresa en la doctrina contemporánea a nivel nacional como extranjera que se orienta a determinar el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica en el marco de la legislación sobre la materia, de cara a abordar el denominado *criminal compliance*.

Samuel Correa García analiza la legislación nacional en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. A partir de ello concluye que la denominada responsabilidad administrativa de las personas jurídicas no es más que una responsabilidad penal, al utilizar el legislador figuras jurídico penales que, finalmente, son aplicadas en un proceso penal. Precisamente frente a este escenario resulta conveniente adoptar una teoría del delito exclusivamente para las personas jurídicas, en aras de no desnaturalizar las clásicas instituciones dogmáticas.

Juan Arias Jiménez centra su análisis en la regulación nacional sobre personas jurídicas. En ese sentido, con relación a la imputación del oficial de cumplimiento, considera que la fórmula más importante para hacer que éste sea responsable penalmente de un delito sería mediante la comisión por omisión. Sin embargo, esta fórmula se verá limitada por el dolo requerido en este tipo de delitos, además de que es necesario que se cumpla con el nexo de evitabilidad, es decir que tenga la posibilidad de evitar su comisión.

Finalmente, *Renzo Mendoza Urrutia*, aborda los problemas referidos a los grados de intervención (autoría y participación) en el entorno de la criminalidad empresarial, teniendo en consideración que el Código Penal sanciona, tanto delitos comunes como especiales, lo que exige abordar las teorías del dominio del hecho e infracción al deber.

En definitiva, Cabe felicitar al equipo de alumnos y egresados voluntarios del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP) a quienes felicito su iniciativa

y constancia en la elaboración de sus respectivas contribuciones académicas, las cuales fueron concluidas gracias a su esfuerzo y dedicación personales.

Como en otras oportunidades, agradezco a *Magaly López Arenas* coordinadora del Centro de Estudios Penales (CEDP) sin cuya fundamental iniciativa y constante trabajo no hubiera sido posible la realización de la presente contribución académica.

La Molina, noviembre de 2019.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Felipe Villavicencio Terreros
Presidente
Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)
Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres

La legitimación de la actividad punitiva del Estado en el Derecho penal de la empresa

The legitimation of the punitive activity of the State in the corporate criminal law

Oscar Wilfredo Mejía Villanueva

Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

oscar_mejia2@usmp.pe

Resumen: El estudio de la actividad punitiva del Estado en el Derecho de la empresa, si bien resulta de reciente data, se ha convertido en uno de los temas de mayor discusión entre los especialistas de Derecho penal económico. Así, a los interesantes trabajos que se han elaborado sobre los delitos cometidos dentro de la empresa y los delitos cometidos desde la empresa; debe sumarse el creciente interés que en la literatura especializada ha surgido a cerca de la legitimidad de la intervención punitiva del Estado en la actividad empresarial. Dicho interés se ve motivado por la necesidad de analizar los tipos penales aplicables a los casos de Derecho penal de la empresa a partir de las funciones crítica e intrasistemática que desempeña el criterio de bien jurídico.

Palabras clave: Derecho penal económico / Derecho penal de la empresa / Bien jurídico / Actividad punitiva / Legitimidad / Estado.

Abstract: The study of punitive activity in the criminal law of the company, although it results from recent data, has become one of the topics of greater discussion among specialists in economic criminal law. Indeed, together with the interesting works that have been written about the crimes committed within the company and from the company, the interest in the issue of the legitimacy of the State's punitive intervention in business activity has been increased between the experts. That interest is due by the necessity of analyze the critical and intrasystematic functions that the legal interest protected plays in the criminal types applicable in the framework of company law.

Keywords: Economic criminal law / Criminal law of the company / Legal interest protected / Punitive activity / Legitimacy / State.

I. Introducción

Los casos de Derecho penal de la empresa suponen un reto para la praxis judicial debido a que los clásicos criterios de imputación no son aplicables a las estructuras empresariales complejas que se caracterizan por el reparto de funciones y tareas de varios sujetos que interactúan dentro de la organización, en la que debido a su complejidad se produce una escisión entre quien ejecuta una conducta con relevancia penal (trabajador) y quien lo ordena (Administrador, Órganos Ejecutivos, etc.); tal como apunta el profesor español Feijoo Sánchez (2009, p. 3).

En ese sentido, surge la pregunta de si resulta necesaria la elaboración de una teoría del delito propia para los casos de Derecho penal de la empresa que difiera de los criterios de imputación de la clásica teoría del delito. En efecto, tales planteamientos surgen a partir de la crítica que se la hace al sistema tradicional de imputación de cuño alemán para solucionar los nuevos casos de Derecho penal económico que se presentan. Sobre este tema, el profesor Silva Sánchez (2016, p. 10), precisa lo siguiente:

La teoría del delito que ha de abordar los retos del Derecho penal económico no es ya una teoría naturalística. La evolución de la teoría del delito en los últimos cuarenta años se mueve, en efecto, entre opciones normativistas de diverso signo. El modelo clásico del delito doloso de acción, asentado sobre las nociones tendencialmente empíricas de causalidad, dominio e intención, se halla superado.

Aunado a los problemas que surgen en torno a los criterios de imputación aplicados a estructuras empresariales complejas; una adecuada dogmática de los delitos aplicados a los casos de Derecho penal de la empresa exige, en primer lugar, abordar la legitimidad de la intervención del Derecho penal en las actividades empresariales.

Para tal efecto, tomando como punto de partida el capítulo económico de la Constitución; en primer lugar, se aborda la legitimidad de la intervención del Estado en el sistema económico; esto es, sobre aquellos casos en los que al Estado le está permitido intervenir en las decisiones de los agentes económicos.

Seguidamente, partiendo de un breve repaso del clásico debate sobre cuál es la función que desempeña el Derecho penal; esto es, si es la protección de bienes jurídico o la protección de la vigencia de la norma; se plantea un concepto relacional de bien jurídico como criterio de optimización de las esferas de libertad de los ciudadanos.

Posteriormente, a través del estudio de la legitimidad de la actividad punitiva del Estado en el sistema económico; se arriba al análisis específico del objeto de protección en los casos de Derecho penal de la empresa según se trate de delitos cometidos dentro de la empresa o desde la empresa.

Finalmente, se exponen las conclusiones que permiten identificar los criterios de legitimación de la actividad punitiva del Estado en el Derecho penal de la empresa; esto es, el objeto de protección penal en la actividad empresarial.

II. La intervención del Estado en el sistema económico

Antes de abordar propiamente la legitimidad de la intervención del Estado en el sistema económico a través de leyes de carácter penal, resulta necesario plantearnos; en primer lugar, la legitimidad de la intervención del Estado en los aspectos económicos de la sociedad. Es decir, estudiar en qué casos se encuentra justificada la intervención del Estado en el sistema económico; sin que ello suponga una limitación arbitraria a las libertades económicas reconocidas a los a los agentes económicos¹.

Como punto de partida se cuenta con el Título III que regula el régimen económico de la Constitución Política del Estado, en el que se señala los

¹ El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido constitucionalmente protegido de las libertades individuales económicas en diversas sentencias. Al respecto, véase: STC Exp. N.º 1963-2006-PA/TC; STC Exp. N.º 3330-2004-AA/TC; STC Exp. N.º 001- 2005-AA/TC; entre otras.

fundamentos y alcances del sistema económico adoptado. Así, las reflexiones se hagan a partir de ella han sido etiquetadas por la doctrina bajo el rótulo de “Constitución Económica” (Cfr. García Belaunde, 1993, *pássim*) que, a criterio del profesor alemán Babura (1971), engloba dos acepciones a saber:

(1) En sentido estricto: Las disposiciones constitucionales de la GG referidas al orden de la vida económica; verbigracia, los fundamentos del orden estatal, economía de mercado y la dirección de la economía de cara a los derechos fundamentales económicos.

(2) En sentido amplio: El conjunto de los fundamentos jurídicos de la organización y de los fundamentales procesos económicos que se encuentran se encuentran en transcurso y los que están permanentemente determinados, sin consideraron de su rango como derecho constitucional o fundamental; por ejemplo, la ley de estabilidad, la ley de sociedades anónimas, GBB, Art. 14 GG. (p. 18)

En ese orden de ideas, resulta claro definir a la Constitución Económica *in abstracto* como aquel sector de ley fundamental de un Estado que reconoce los principios que sostienen el modelo económico adoptado por una Sociedad en un espacio y tiempo determinado y que regula las competencias de los agentes económicos dentro de dicho sistema; esto es, el rol que desempeñan los particulares y el Estado en el mercado a través de los entes de supervisión de las actividades económicas², tal como precisa el destacado constitucionalista peruano Bernales Ballesteros (2012, p. 361-362).

Ahora bien, una vez esbozado una definición de Constitución Económica; podemos pasar a analizar la legitimidad de la intervención del Estado a partir del modelo económico adoptado en la Carta Magna. Así, sobre la manera en que interactúan los agentes económicos y Estado en una Economía Social de

² Sobre el concepto y fundamentos de la Constitución Económica, véase: Rach, H. (1948). *Grundfragen der Wirtschaftsverfassung*, Godesberg, Küpper; y Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional Español*. Madrid: Editorial Dykinson.

Mercado, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. n.º 01963-2005-PA/TC, señaló lo siguiente:

(...) en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

En efecto, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizado plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Esta función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58 de la Constitución, en cuyo tenor se estipula: "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (...)". Por su parte, el artículo 59 establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo, comercio e industria. Asimismo, el artículo 61 confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. (Fundamentos jurídicos 6 al 8).

Sobre la base de la citada sentencia y según lo señalado por Bernalles Ballesteros (2012, p. 365) se tiene que a partir de los principios de iniciativa privada libre y rol subsidiario del Estado; el constituyente de 1993 adoptó el modelo de Economía Social de Mercado que se caracteriza por permitir a los ciudadanos participar de manera voluntaria en la producción, distribución y

comercialización de bienes y servicios; en tanto que, al Estado le corresponde un rol vigilante cuando se produzcan fallas en el mercado que no puedan ser solucionados por los propios agente económicos.

En esa línea de argumentación, siguiendo a Bernales Ballesteros (2012, p. 376) cabe precisar que la intervención el Estado en el sistema económico como ente supervisor y facilitador de la libre competencia se deriva de la necesidad de mantener un equilibrio entre los miembros de la sociedad que interactúan en el mercado a través de la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, impidiendo que alguno de ellos se vea perjudicado por otro agente económico, ya sea por una inadecuada asignación de los recursos limitados o por el abuso de posiciones poder dentro del sistema económico, tal como ocurre en los monopolios.

En conclusión, a partir de la regulación del Estado por medio de un conjunto de normas de diversa naturaleza es que se cuenta con un *Derecho Económico*³, cuyos fundamentos y límites se encuentran en la Constitución Económica y que en el último nivel cuenta con el Derecho penal económico como mecanismo de control de la actividad económica en el marco del modelo de economía social de mercado inspirada en los principios de la iniciativa privada libre y el rol subsidiario de vigilancia y control del Estado.

III. Concepto de bien jurídico como criterio de optimización de las esferas de libertad

Luego de haber analizado la justificación y necesidad de la intervención del Estado en la actividad económica; corresponde abordar el tema del objeto de protección en la actividad punitiva del Estado. Para tal efecto; primero, debe partirse por la interrogante de cuál es la función en general que cumple el Derecho penal en la Sociedad. Una vez respondido ello, podrá analizarse la función del Derecho penal en el sistema económico.

³ Sobre el estudio y *praxis* del Derecho económico, véase: Boehme-Neßler, Volker (edit.). *Wirtschaftsrecht. Basisbuch für Studium und Praxis*, Oldenburg, Wien, 2000.

Como primer punto, se tiene la clásica pregunta formulada por la doctrina referida a si al Derecho penal le corresponde la tarea de proteger bienes jurídicos de forma subsidiaria o la protección la vigencia de la norma. Tal problemática ha sido abordada *in extenso* por el profesor español Alcácer Guirao (2004) quien señala lo siguiente:

Entre ambos fines existirá, en principio, una relación de reciprocidad funcional, en la medida que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. (p. 177)

En sentido similar, el profesor Polaino Navarrete (2008) concluye que:

(...) la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social). Su compatibilidad y la contingencia de sus fines demuestran que, en la Dogmática penal actual (por ejemplo, en el injusto de la tentativa y la consumación), el concepto de bien jurídico sigue desempeñando un papel importante en la fundamentación material del injusto y en la determinación de la función del Derecho penal. (p. 643)

Como se puede advertir, ambos autores españoles coinciden en señalar que la de protección subsidiaria de bienes jurídicos y la protección de la vigencia de la norma que suelen atribuirse como función del Derecho penal no son excluyentes sino complementarias entre sí, siendo que la primera función prevalece sobre la segunda.

De igual parecer, pero dotando de un carácter preeminente a la función de mantenimiento de la vigencia de la norma, Feijoo Sánchez (2007) refiriéndose al trabajo de Alcacer Guirao (2004), señala lo siguiente:

El punto de contacto esencial es la idea de la complementariedad de la protección de bienes jurídicos y la protección de la vigencia y validez de las normas (...). Sin embargo, si bien este auto entiende la protección de las normas como un complemento de la función esencial de protección de bienes jurídicos (...) yo entiendo a la inversa, la protección de bienes jurídicos como una función derivada de la protección de normas mediante la pena. (p. 21)

Ahora bien, independientemente de si al Derecho penal le corresponde la tarea de protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de la norma; en tanto existe consenso en señalar que ambas funciones son complementarias –existiendo discrepancia solo sobre la preeminencia que se le otorga a cada función-, debe destacarse que el concepto de *bien jurídico* resulta de lo más problemático debido no solo a la ambigüedad del término, sino también a la necesidad de determinar cuál es el rol que desempeña para la legitimización de la actividad punitiva del Estado, más allá de las tradiciones funciones críticas e intersistemática que se le suele atribuir. (Cfr. Hassemer, 1973, p. 19).

En tal sentido, como se puede advertir el concepto de bien jurídico sirve como fundamento y límite de la actividad punitiva del Estado en la Sociedad, tal como señala Sternberg-Lieben (2016, p. 101).

En ese orden de ideas cabe señalar que la legitimidad de la actividad punitiva del Estado en la actividad económica requiere de la determinación de un *bien jurídico* tutelado que no está referido a un *valor* estático que debe ser protegido de cualquier clase de riesgo, sino que opera como un concepto relacional por el que a través de la vinculación de una situación preexistente y una persona se optimiza el ámbito de libertad de este último en cuanto sujeto de Derecho, tal como sostiene Robles Planas (2015, p. 36-37). Es ese el concepto de bien jurídico que se sigue en el presente trabajo.

Así como señala Kahlo (2016) la categoría de bien jurídico comprende:

(...) una relación considerada como positiva, valiosa –como un «bien»- entre un «algo», es decir, entre una «realidad» y un sujeto: carecería, ciertamente, de sentido una relación jurídica entre cosas o entre seres vivos, que existen sin conciencia de sí mismos. (p. 51)

El concepto relacional de bien jurídico parte de la premisa que las personas que interactúan en la sociedad gozan de una esfera de libertad de la que se pueden derivar riesgos para los demás que pueden concluir en la arrogación de ámbitos de organización ajenas (delitos de lesión) o en la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización (delitos de peligro); por lo que la intervención del Derecho penal se justifica a partir de la protección de aquellas relaciones que surgen entre el sujeto y una “realidad” que existe. (Feijoo Sánchez, 2005, p. 141)

Tal concepto es consecuencia del planteamiento que concibe al Derecho como un maximizador de libertades en el que la intervención del Estado en las esferas de libertad de las personas se encontrará justificado siempre y cuando la medida resulte proporcional al fin que se busca alcanzar y las normas actúen como auténticos esquemas de coordinación (Feijoo Sánchez, 2005, p. 140).

Ahora bien, en el caso del Derecho penal, dicho planteamiento se encuentra presente en autores como Feijoo Sánchez (2005) quien, a partir de un concepto relacional de bien jurídico, concibe al injusto como una arrogación ilegítima de ámbitos de organización ajenos. Al respecto se tiene lo siguiente:

La idea de que las normas son esquemas de coordinación también tiene relevancia para determinar a quién se le imputa un comportamiento contrario a Derecho. Hay que tener en cuenta que el Derecho y, en concreto, el Derecho Penal de un sistema de libertades no es sólo un sistema de protección de bienes, sino más bien un sistema maximizador de libertad. Por ello lo decisivo no es lo que se protege sino la lesión de las relaciones jurídicas de reconocimiento. El injusto supone el uso ilegítimo de la libertad

reconocida por el sistema jurídico y, por tanto, una relación social incorrecta. La relevancia típica de una conducta no depende de las características intrínsecas de una acción (causales, finales, etc.) sino que las normas le otorguen.

De acuerdo con esta idea, los injustos se construyen sobre un hecho que adquiere intersubjetivamente relevancia comunicativa como menosprecio de un ámbito de organización reconocido por el Derecho que disfruta de protección jurídica. (pp. 140)

Una vez adoptado concepto relacional de bien jurídico que permite la optimización de las esferas de libertad de las personas que interactúan en la sociedad y permite configurar al injusto como la irrogación o desprotección ilegítima de otros ámbitos de libertad; corresponde ahora aplicar dichos conceptos al campo de la actividad punitiva del Estado en la actividad económica.

IV. Legitimidad de la actividad punitiva del Estado en la actividad económica

A partir de los trabajos elaborados a finales de los años sesenta por el desaparecido profesor emérito de la Universidad de Friburgo, Klaus Tiedemann, -especialmente en su *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität: I. Allgemeiner Teil*⁴- es que se cuenta con un concepto definido de Derecho penal económico a partir de la distinción de un sentido estricto (*Wirtschaftsstrafrecht im engeren Sinne*) y un sentido amplio (*Wirtschaftsstrafrecht im weiteren Sinne*)

⁴ En efecto, a partir de los estudios realizador por el prof. Tiedemann, particularmente de su *Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts* (1969), el Derecho penal económico adquirió un progresivo desarrollo científico que se mantiene hasta nuestros días, lo que se refleja en la creciente publicación de manuales que desarrollan la parte general del Derecho penal económico. Sobre el particular véase: Martínez-Buján Pérez, C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch; y, García Cavero, P. (2014). *Derecho penal económico. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Jurista Editores. Sin perjuicio de ello, no debe dejar de señalarse que antes que el profesor emérito de Friburgo, en la literatura alemana autores como Grünhut (1929). "Über den strafrechtlichen Schutz wirtschaftlicher Interessen". En: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtleben, Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichgerichts*. (Tomo V), p. 115 y ss; y Lindemann, C. (1932). *Gibt es ein einiges Wirtschaftsrechts?*, abordaron de manera referencial el tema de la intervención del Derecho penal en sistema económico.

a partir del grado de intervención del Estado en la ordenación del mercado⁵ (García Caveró, 2014, p. 67).

En ese sentido, desde un concepto estricto, al Derecho penal económico le corresponde la tarea de sancionar aquellos comportamientos que creen un riesgo típicamente relevante para el sistema de Economía Social de Mercado (*gesamte soziale Marktwirtschaft*)⁶ o el orden económico estatal en su conjunto (*die staatliche Wirtschaftsordnung in ihrer Gesamtheit*)⁷; en tanto que, desde una perspectiva amplia, el Derecho penal económico se encarga de sancionar aquellos comportamientos que creen un riesgo típicamente relevante para las relaciones económicas que se derivan del proceso de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios (Martínez-Bujan Pérez, 2012, p.19).

Así las cosas, la actividad punitiva del Estado se legitima a partir de la necesidad de proteger aquellas relaciones que suponen una intervención del Estado en la ordenación del mercado; así como, las relaciones económicas que se derivan del proceso de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios. En tal sentido, ambos criterios operan como hilo conductor para fundamentación, limitación y formulación de tipos penales en materia de Derecho penal económico, el mismo que abarca aquellas que estén reguladas en la parte especial del Código Penal como en leyes especiales (Martínez-Bujan Pérez, 2012, p.22).

En efecto, el profesor García Caveró (2014, p. 69) señala que el Derecho penal económico se legitima a través de la protección del menoscabo de la relación surgida a partir de la intervención del Estado en la ordenación del mercado; así como, de las relaciones económicas que se derivan del proceso de

⁵ En la literatura española tal diferenciación, dentro del Derecho penal económico, adquirió una gran difusión a partir de la obra *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, publicada por el profesor español Bajo Fernández, M. (1978). En esa misma línea de argumentación, véase en la literatura nacional: Bramont-Arias Torres, Luis F. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius et Veritas* (5), pp. 85-92.

⁶ Al respecto véase: Bottke, W. (1991). "*Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland Lösungen und Defizite*". Parte 1 y Parte 2. En: *Wistra*, p. 52 y ss.

⁷ Al respecto, véase: Tiedemann, K. (1989). *Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht*". En: *Juristische Schulung* (9), pp. 689 y ss.

producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios a partir de la observancia de criterios de imputación que se ajusten a la realidad económica.

V. Legitimidad de la intervención de la actividad punitiva en Derecho penal de la empresa

El Derecho penal de la empresa se ha posicionado como uno de los temas centrales del Derecho penal económico, ello se debe fundamentalmente a que el agente individual se ha visto desplazado por las organizaciones empresariales en la interacción que se produce dentro del mercado. (García Caveró, 2019, p. 21) Aunado a la aparente “tensión” que se produce entre las categorías de la tradicional teoría del delito y los nuevos casos de Derecho penal económico que se producen en la Sociedad. (Silva Sánchez, 2016, p. 7)

Ahora, desde el punto de vista de la imputación; son dos los problemas que se abordan en torno a la participación de la empresa en el mercado; el primero, es el ya tan estudiado tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el segundo es criterio de imputación de los miembros de la empresa.

Sobre la imputación penal a la empresa y desde la empresa, el profesor García Caveró (2019) señala lo siguiente:

(...) la doctrina penal ha hecho una diferenciación entre los llamados delitos cometidos dentro de la empresa (*Betriebskriminalität*), los cuales están constituidos por la afectación de los intereses de la empresa misma o de alguno de sus órganos por parte de otro órgano o miembro de la empresa; y los delitos cometidos desde la empresa (*Unternehmenskriminalität*), en los que el riesgo penalmente relevante sale de la organización empresarial para afectar a terceros. Esta diferenciación, no tiene una utilidad puramente clasificatoria, sino que influye de manera relevante en la configuración de los criterios de imputación penal (como parte civil o tercero civilmente responsable). (pp. 231-232).

Así, a partir de la bipartición que se hace en la doctrina entre la imputación penal a la empresa y desde la empresa se puede advertir que ambos casos la relación jurídica que se protege por medio de la intervención del Derecho penal es diferente en ambos casos; lo que acarrea, como consecuencia, que de ambos supuestos se puede identificar dos relaciones intersubjetivas de especial valor.

Así, en el caso de la imputación penal a la empresa, el “bien jurídico protegido” está constituido por la relación intersubjetiva que surge de la interacción de los ámbitos de libertad de las personas que forman parte de la empresa; en tanto que, en el caso de la imputación penal desde la empresa, se protege la relación que surge de interacción de los ámbitos de la empresa (como ente colectivo) y los agentes económicos que interactúan en el mercado.

Aunado a ello, cabe señalar que los bienes jurídicos expuestos tienen carácter abstracto; por lo que, al momento de analizar los delitos contra la actividad empresarial, se debe tomar consideración cuál es la relación intersubjetiva que se presenta.

En ese sentido, la legitimidad de la intervención de la actividad punitiva en el Derecho penal de la empresa dependerá de que las normas que restringen al ámbito de libertad de los agentes económicos que interactúan en el seno de la empresa actúen como esquemas de coordinación que permitan la optimización de las esferas de libertad. Por lo tanto, la limitación de la libertad de los ciudadanos debe ser idónea y necesaria para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (Frisch, 2014, p. 26).

VI. Conclusiones

1. La regulación del Estado por medio de un conjunto de normas de diversa naturaleza da lugar a un Derecho Económico, cuyos fundamentos y límites se encuentran en la Constitución Económica y que en última instancia cuenta con el Derecho penal económico como mecanismo de control de la actividad económica en el marco del modelo de economía social de mercado

inspirada en los principios de la iniciativa privada libre y el rol subsidiario de vigilancia y control del Estado. (Véase p. 15)

2. El concepto relacional de bien jurídico que permite la optimización de las esferas de libertad de las personas que interactúan en la sociedad y permite configurar al injusto como la irrogación o desprotección ilegítima de otros ámbitos de libertad. (Véase p. 19)
3. La legitimidad de la intervención de la actividad punitiva en el Derecho penal de la empresa reside en la necesidad de proteger aquellas relaciones que suponen una intervención del Estado en la ordenación del mercado; así como, las relaciones económicas que se derivan del proceso de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios. (Véase p. 20)
4. Los casos de Derecho penal de la empresa han adquirido relevancia en el campo del Derecho penal económico a partir del desplazamiento del agente individual como sujeto principal de las relaciones económicas que se producen en el mercado a favor de las organizaciones empresariales. (Véase p. 21).
5. En el caso de la imputación penal a la empresa, el “bien jurídico protegido” está constituido por la relación intersubjetiva que surge de la interacción de los ámbitos de libertad de las personas que forman parte de la empresa; en tanto que, en el caso de la imputación penal desde la empresa, se protege la relación que surge de interacción de los ámbitos de la empresa (como ente colectivo) y los agentes económicos que interactúan en el mercado. (Véase p. 22).

La imputación objetiva en el Derecho Penal de la empresa

The objective imputation in the Criminal Law of the company

Piero Luis Granados González

Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

piero_granados@usmp.pe

Resumen: El presente trabajo trata de dilucidar si la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el campo de los delitos económicos varía de la teoría de imputación objetiva de los delitos comunes. Es sabido que las instituciones correspondientes a la teoría de la imputación objetiva tales como los roles económicos, el riesgo no permitido, así como la posición de garante dentro de la empresa se siguen estudiando dentro de los delitos empresariales, con un pequeño ajuste, es decir, un enfoque distinto a la manera en que se solía observar en los ejemplos clásicos del Derecho Penal, tales como los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, delitos contra el patrimonio, entre otros.

Palabras clave: Imputación objetiva / Atribución de responsabilidad penal / Derecho Penal / Delitos económicos / Derecho Penal de la empresa.

Abstract: The present work tries to elucidate that the application of the theory of objective imputation in the field of economic crimes does not vary much from the theory of objective imputation of common crimes. However, the institutions corresponding to the theory of objective imputation such as economic roles, risk not allowed, as well as the guarantor position within the company are still studied within business crimes, only with a small adjustment, that is, a different approach to the way it used to be observed in the classic examples of Criminal Law, such as crimes against life, body and health, crimes against property, among others.

Keywords: Objective imputation / Attribution of criminal responsibility / Criminal law / Economic crimes / Criminal Law of the company.

I. Imputación objetiva

1. Aspectos generales

La teoría de la imputación objetiva se encuentra dentro de la teoría del tipo objetivo y tiene como fin precisar bajo qué condiciones mínimas debe considerarse la acción típica como obra de quien la realizó. Bajo el criterio de la imputación objetiva, se busca determinar si la acción realizada por el agente se encuadra en el tipo legal de modo que pueda atribuírsele este hecho de relevancia penal como obra suya. Si se llega a la conclusión de que sí se le podrá atribuir tal hecho como suyo, entonces se proseguirá a verificar si esta acción típica se le puede imputar como ilícita y culpable conforme a la teoría del delito.

La imputación objetiva busca resolver el problema de la causalidad, siendo lo primordial el análisis si el agente creó o aumentó riesgos que perjudiquen a terceros, pero deberá ser este riesgo un verdadero peligro que atente contra un bien jurídico tutelado por la sociedad, pudiendo materializarse en el resultado y que este se trate de un peligro considerado en el tipo penal.

Para recurrir a la imputación objetiva, primero se debe tener en cuenta cuando es que se está ante una acción penalmente relevante, para ello se debe observar al verbo típico rector de cada norma penal (matar, lesionar, apoderarse, etc). Una vez ubicado el verbo típico rector, el siguiente paso es hallar la relación de causalidad, es decir, el nexo entre el hecho y el resultado.

Antes de analizar la causalidad en el caso de los delitos comprendidos dentro de lo que se conoce como el Derecho Penal económico, debemos recordar que en su mayoría, dichos delitos son delitos de peligro abstracto (con respecto a ello se hará un mayor desarrollo en los capítulos posteriores), por ello la principal crítica se da en torno al principio de lesividad, ya que en estos tipos de delitos no se plantea la cuestión de causalidad (de manera cómo se hace con otros tipos de delitos), la cual sí concierne a los delitos de resultado y a los delitos de peligro concreto, por lo que será determinante establecer si se tiene la capacidad del comportamiento para crear la situación de peligro y no probar que esta se haya realmente presentado.

A través de la historia han surgido diversas teorías que buscaban la solución a los problemas de la causalidad tales como la teoría de equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada, la teoría de la relevancia, etc. Al no tener respuesta satisfactorias dichas teorías, fue que nació la teoría de la imputación objetiva, la cual ya no se encarga de la causalidad (sin dejarla al margen), sino que se orienta más a la determinación de los comportamientos, y si estos deben ser atribuidos o no al autor.

En cuanto a la teoría de causalidad más acorde con la teoría de la imputación objetiva y con los avances investigativos del Derecho Penal (incluyendo por ende el Derecho Penal económico o Derecho Penal de la empresa), la doctrina moderna llegó a un consenso que la teoría más acertada sería la teoría de la relevancia (la cual fue precursora de la teoría imputación objetiva), ya que lo que busca dicha teoría, es precisar que lo debe tenerse en cuenta es la significación del comportamiento y del desarrollo causal para el derecho penal (la norma cumple con un fin protector y se respetan las especificidades de los tipos penales).

El límite de la imputación debe ser la comprobación de un mínimo de conexión entre su actuar y esas consecuencias, con este objeto, se recurre al criterio de la conformidad con las leyes naturales y de la experiencia. (Cfr. Hurtado Pozo, 2015).

La teoría de la imputación objetiva es un criterio que se debe de aplicar a todo tipo de norma penal, y no solo a ciertas conductas dentro del Derecho Penal, pues de lo contrario estaríamos ante una teoría obsoleta y de poca funcionalidad en el sistema penal actual, por lo que consideramos que dicha teoría alcanza de igual forma a los delitos contra el orden socioeconómico. Dicho esto, en el presente capítulo se abordará todo sobre la imputación objetiva enfocado en el ámbito del Derecho Penal de la empresa.

2. La imputación objetiva aplicada al Derecho Penal de la empresa

Para empezar, tal como se ha mencionado anteriormente, los criterios de legitimidad y las categorías dogmáticas creadas en general para la teoría del

Derecho Penal, son aplicables al ámbito de los delitos socioeconómicos y de empresa, y de ninguna manera se puede hablar que ciertas instituciones dogmáticas penales recaen “residualmente” a los delitos socioeconómicos y de la empresa, ya que al hacerlo estaríamos creando una distinción clara con otros segmentos del Derecho Penal y con otros grupos de delitos.

Que no cabe duda que al Derecho Penal de la empresa le es aplicable todos los presupuestos de la teoría del delito, de lo contrario no podríamos referirnos a la teoría del delito como un sistema integral del Derecho Penal.

Si bien a los delitos socioeconómicos y de la empresa les es aplicable el criterio de la imputación objetiva, esta se verá reflejada con características propias. La imputación objetiva ya no buscará solo limitar una responsabilidad basada en la causalidad tal como sucede en los delitos clásicos (delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, delitos contra el patrimonio, etc), sino que ahora busca cumplir una función político-criminal, que es la de reducir la pena en aquellos supuestos en los que realmente resulta necesaria y merecida por lo que se excluiría el uso excesivo de la responsabilidad penal. Lo decisivo para responsabilizar penalmente no será la voluntad del sujeto, sino la incompatibilidad de la conducta realizada con lo prescrito por la norma desde una perspectiva intersubjetiva, dando como resultado que si la conducta de un sujeto es correcta, no será relevante analizar si dicho sujeto buscó perjudicar o no a un tercero o al Estado.

3. Los roles económicos

Dentro del Derecho Penal económico existen roles económicos de los que se derivan “deberes jurídicos negativos”, y roles económicos de los que se derivan “deberes jurídicos positivos”. Los primeros son aquellos deberes que se le imponen al sujeto para que este se comporte de una manera tal que no perjudique a terceros así como que no lesione ni ponga en peligro ciertos bienes jurídicos tutelados o que simplemente “los respete” (por ejemplo no lesionar el patrimonio público o no atentar contra las funciones estatales de ordenación de la economía). Los segundos, se refieren a los deberes jurídicos que se le

imponen al sujeto para que contribuya o actúe en beneficio de ciertas instituciones individuales o colectivas del ordenamiento económico (por ejemplo, colaborar con las sociedades mercantiles o con la Administración Pública).

Hoy en día sería completamente erróneo pensar que solo existen los deberes jurídicos negativos, o que solo estos importan. Para que el Derecho Penal de la empresa siga evolucionando se debe comprender la importancia de los deberes jurídicos positivos (en el contexto social, político y social), tales como actuar en beneficio de los intereses de un tercero, y ello se debe a que, así como el Derecho Penal económico o de la empresa trata de regular las conductas que atentan contra el orden económico con el fin que los sujetos no vulneren bienes jurídicos para que así el sistema económico de un Estado marche a cabalidad, de igual forma, y sería mejor aún que los individuos de la sociedad cuando cumplan sus roles económicos dentro de esta, contribuyan actuando pensando en la colectividad, ya que si todos los integrantes de la sociedad piensan en el bien de cada integrante de esta, nadie saldrá perjudicado. Nosotros los integrantes de la sociedad compartiremos la carga por igual si cada uno trabaja pensando en todos.

4. La creación de un riesgo no permitido

Tal como mencionó el autor Jorge Arista Cueva (2016) “No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción” (p. 74). En los delitos de lesión es necesario que el resultado concretice el riesgo no permitido creado, ya que como cualquier delito de lesión si no se da plenamente este vínculo objetivo, solo se podría hablar de tentativa, y no se presentaría el perjuicio del resultado valorado negativamente.

En el campo de los delitos económicos, siendo estos delitos especiales, se caracterizan por que el tipo legal exige que el agente sea titular de un particular deber, de modo que el comportamiento típico implica la violación de este deber como los deberes de funciones o el deber de tributar, entre otros. Dicha violación debe ser posible dentro del marco normativo en que se estatuye el deber, del

cual dependen la intensidad y permanencia de la obligación de actuar de acuerdo con el deber concernido. El papel decisivo que desempeña el cumplimiento o no del deber en la calificación e imputación de los delitos especiales condiciona que estos sean tipificados generalmente como delitos de pura actividad, por tanto, sin considerar la producción de un resultado (delitos de infracciones de deber). Basta imputar el comportamiento típico. Por el contrario, si el tipo prevé un resultado determinado, es indispensable comprobar que este no corresponda a la situación que se busca instaurar o mantener con la imposición del deber en cuestión. La vinculación es de índole específicamente normativa y desempeña un papel menor el hecho de que sea la materialización del peligro prohibido creado o aumentado por el agente.

Tal como refirió el autor español Bernardo Feijoo Sánchez (2009): “El hecho de que alguien que desarrolle un rol económico haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentre ya jurídico-penalmente desvalorada” (p. 32). Dicho autor especifica (2009):

Este aspecto es especialmente relevante en ámbitos con una abundante regulación extrapenal como los que suelen caracterizar a los delitos socioeconómicos. En estos supuestos las normas extrapenales representan un útil instrumento de ayuda como indicios para determinar el umbral de permisión de conductas de acuerdo con las valoraciones específicas del sistema jurídico-penal. (p. 32)

Asimismo:

N[o] todo incumplimiento de una norma extrapenal representa una conducta típica ni siempre la ausencia de infracciones extrapenales supone la constatación de una conducta permitida. La cuestión esencial es si la modalidad de conducta que se enjuicia todavía se puede entender como legítima en el contexto vigente para conseguir determinados objetivos económicos o empresariales y, por tanto, podemos hablar de un riesgo permitido. En definitiva, el

Derecho Penal no puede castigar comportamientos que el ordenamiento jurídico ha asumido como válidos, incluso aunque resulten gravemente lesivos para intereses de terceros o del Estado. (p. 32).

5. La distinción entre los delitos empresariales con los delitos comunes y la clasificación de los delitos de preparación

Hoy en día se nos es difícil determinar el alcance de la llamada imputación objetiva debido a que siempre se nos ha enseñado analizarla en delitos comunes tales como los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, o los delitos contra el patrimonio por citar algunos ejemplos. Siempre se enseña en las universidades de Derecho el clásico ejemplo en que “A mata con una pistola a B”, por lo que asumimos en un primer momento que solo se podrá aplicar a delitos de resultado, cometidos por un solo autor, en donde hay dolo, etc. Si se llega a trasladar esta forma de pensar al ámbito de la empresa, automáticamente pensaríamos en imputarle el delito al trabajador que muchas veces se encuentra “en el último eslabón de la cadena” y posiblemente quien reciba una menor remuneración mínima vital reflejado también en su mínima responsabilidad dentro de la estructura empresarial. Justamente el profesor alemán Botke afirmaba que en el caso del Derecho Penal de la empresa, debía medirse la responsabilidad penal por el cargo que ostentaba un individuo en la estructura empresarial, por lo que alguien con una mayor jerarquía dentro de ésta, y teniendo una mayor remuneración mínima vital que los demás, tiene una mayor responsabilidad dentro de la empresa, y por lo tanto sujeto a una mayor responsabilidad penal en caso se cometiese un delito en el cual se encontrara envuelto. De ese razonamiento de que a mayor responsabilidad (evidentemente mayores beneficios), es que se partió para llegar a analizar en lo que es hoy en día la imputación objetiva en el ámbito empresarial.

Otra segunda idea que se distingue entre los delitos empresariales con los delitos comunes, es que en los delitos empresariales las labores que realiza cada miembro, son distintas por lo que hay los que deciden qué acto realizar (los

directivos), y lo que ejecutan dicho acto. Eso no se ve en un delito de homicidio en que la persona que idea y decide disparar con un arma, es la misma que lo ejecuta. Dice el autor Percy García Caveró (2008)

Eso evidentemente trae grandes problemas en la atribución de responsabilidad, a lo que hay que agregarle un elemento adicional que es que el flujo de información que existe dentro de la empresa tiene caminos o vías que son selectivas. Esto significa que no todos los que deciden, ni todos los que ejecutan, cuentan con la misma base de información, sino que muchas veces ésta se canaliza en determinados ámbitos y en otros no resulta conveniente que se suministre cierta información. Por eso, aquél que ejecuta, normalmente no tiene por qué saber las razones por las cuales esa decisión se ha tomado y se tiene que ejecutar, porque posiblemente podría llevar algún tema de oposición, o podría afectar el funcionamiento de la persona jurídica” (P. 202).

Al respecto, el autor peruano Percy García Caveró (2008) menciona que:

Todas estas características de la persona jurídica, en la empresa contemporánea, llevan efectivamente a la “organizada irresponsabilidad”, porque hay diferencia entre el que inicia la actividad riesgosa y entre los que la administran. Dentro de los que la administran, los que deciden, por otro lado, los que ejecutan y, finalmente, la información se reparte asimétricamente entre todas las personas que participan dentro de la actividad empresarial. (p. 202)

Frente a la problemática descrita, y habiendo visto las principales diferencias entre los delitos comprendidos dentro del Derecho Penal económico con los demás delitos, la dogmática penal ha intentado buscar mecanismos especiales de la imputación, los cuales no solo se basarán en delitos de resultado. Se ha tratado de cubrir los vacíos de punibilidad que genera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, descifrando que hay responsabilizar justamente a la persona jurídica misma, y para ello es necesario tener en cuenta, como me referí anteriormente, que los delitos

económicos son de peligro abstracto, por lo que según Percy García Caveró (2008) indica que se debe “Tratar de sancionar determinadas conductas en las que no se exige la producción de un resultado lesivo” (p. 203). ¿De qué manera entonces se procede sancionar la producción de un delito de peligro abstracto? Pues, primero nos dice el autor Percy García Caveró (2008) “no hacer responsable al trabajador que produce el resultado, sino más bien a aquellas personas que han participado en una etapa previa, y así estaríamos hablando de una subclasificación de delitos de peligro abstracto, los llamados delitos de preparación” (p. 203). Los delitos de preparación son aquellos actos preparatorios punibles que cometen los directivos (o al menos, aquellos individuos dentro de la empresa que ostentan cargos sujetos a tomas de decisión). Con los delitos de preparación se rompe la regla en que los denominados actos preparatorios no son punibles, responsabilizando así no solo la ejecución del trabajador que sigue una decisión de otro, sino también al que decidió que se lleve a cabo dicho acto de relevancia jurídico penal.

6. Posición de garante dentro de la empresa

Sobre la posición de garante dentro de la empresa por parte de los directivos se puede decir que no hay consenso en la doctrina, ya que se origina como menciona Percy García Caveró (2008)

Una simplificación de la imputación de responsabilidad que resulte inadecuado para el caso de organizaciones complejas, de organizaciones en las que una persona no puede asumir una posición de garante de los riesgos que se pueden producir o que pueden generarse de una actividad empresarial” (p. 205).

Considerar la posición de garante en una persona jurídica es un tema complicado, ya que responsabilizar a un directivo de una empresa grande o incluso transnacional sería un abuso por parte del Derecho Penal así como del persecutor penal. En el caso de las pequeñas o medianas empresas no habría inconveniente en hallar responsables.

II. Conclusiones

- Hoy en día, si bien no es del todo claro el alcance de la imputación objetiva en el caso de los delitos empresariales (demostrando que es un tema “nuevo” que amerita mucha investigación aún), al menos se han dado pasos agigantados en los últimos años demostrando que la teoría del delito y con ella la teoría de la imputación objetiva no le es inservible al Derecho Penal económico, sino todo lo contrario, es una herramienta muy útil la cual puede conllevar a hallar al responsable dentro de una empresa en la comisión de un delito.
- El camino para hallarlo está en la teoría clásica con ciertos ajustes en los cuales se han adaptado a ciertos postulados actuales a fin de que la delincuencia no lleve la delantera al Derecho Penal y no queden impunes ciertos actos de grandes empresarios.

El estado actual del Derecho penal de la empresa en la doctrina contemporánea

The current state of the criminal law of the company in contemporary doctrine

Mario Enrique Salvador Meza

Estudiante del décimo segundo ciclo de Derecho de la Universidad de San

Martín de Porres, Lima, Perú

mario_Salvador@usmp.pe

Resumen: La responsabilidad penal de la persona jurídica es un asunto de interés en la doctrina penal extranjera y nacional. Cada cual ha venido desarrollando una postura determinada a partir del principio *societas delinquere non potest*. Santiago Mir Puig, Isidoro Blanco Cordero y Bernardo Feijoo Sánchez, en la doctrina española, exponen sus posturas respecto a la persona jurídica y, particularmente, de la corporación. Luis Miguel Reyna Alfaro, Gustavo A. Arocena y Percy García Caveró, en la doctrina nacional, exponen ideas ajenas y propias sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y, particularmente, de la empresa. Los juristas plantean opiniones doctrinarias que buscan la delimitación y definición del concepto de responsabilidad penal de persona jurídica en el marco de la Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica y el reglamento legal correlativo.

Palabras clave: Persona jurídica / Responsabilidad administrativa / Empresas / Corporaciones / Derecho Penal.

Abstract: The criminal responsibility of the legal entity is a matter of interest in the foreign and national criminal doctrine. Each one has been developing a certain position based on the principle of delinquere non potest societies. Santiago Mir Puig, Isidoro Blanco Cordero and Bernardo Feijoo Sánchez, in the Spanish doctrine, state their positions regarding the legal entity and, particularly, of the corporation. Luis Miguel Reyna Alfaro, Gustavo A. Arocena and Percy García Caveró, in the national doctrine, express outside and own ideas about the

criminal responsibility of the legal entity and, particularly, of the company. The jurists raise doctrinal opinions that seek the delimitation and definition of the concept of criminal responsibility of a legal person within the framework of the Law regulating the Administrative Responsibility of the Legal Person and the corresponding legal regulations.

Keywords: Legal person / Administrative responsibility / Company / Corporation / Criminal Law.

I. Introducción

La sociedad contemporánea es una sociedad de riesgos y peligros en cualquier lugar, a cualquier hora y casi en cualquier circunstancia. La industria, a partir del siglo XVIII, ha venido generado una variedad de beneficios, pero también de perjuicios, directos e indirectos, para las personas. Esta industria se expresa en toda suerte de técnica y tecnología que es parte de nuestro día a día. Sin embargo, de todas las entidades existentes -sociales, económicas, culturales, etc.-, las entidades empresariales son las que emplean medios y operaciones de tal naturaleza que han venido generando amenaza y afectación a la tranquilidad, la seguridad y la salubridad en los ámbitos urbanos y rurales. En esta línea, es necesario tener en cuenta que las personas jurídicas en general y las empresas en particular, de cualquier rubro y cualquier complejidad, tienen roles cruciales en el sostenimiento y el desarrollo de la sociedad. De aquí que haya sido necesaria la formulación y la aplicación del *compliance*, modelo de cumplimiento, a fin de proteger los intereses de la empresa, de sus miembros y de los ciudadanos en general.

II. Doctrina extranjera

1. Santiago Mir Puig y la empresa

Dada la semejanza entre la parte general de la ley penal española y la ley penal nacional, es posible y dable tener en cuenta la opinión especializada y sustentada del renombrado jurista español Santiago Mir Puig (2004) respecto a las medidas accesorias:

La doctrina dominante ha interpretado la previsión diferenciada de estas consecuencias accesorias en el sentido de que para el CP no son penas, ni medidas de seguridad, ni tampoco responsabilidad civil derivada de delito, pero algún autor defiende que, a pesar de su distinta denominación, son verdaderas penas, y últimamente Silva Sánchez las concibe como propias medidas de seguridad. (p. 2)

De modo que Jesús María Silva Sánchez entiende las medidas accesorias como medidas de seguridad, aplicables a la entidad de la persona jurídica como si tuviera la condición de persona natural.

Mir Puig, en su estudio del Código Penal español vigente y anterior, descubre que el principio penal según el cual la sociedad no delinque y por tanto está exenta de cualquier forma y grado de punición. En sus propias palabras:

Ante la cuestión, (...), de si las personas jurídicas y/o las empresas deben o no responder penalmente, el CP español de 1995 ha optado por una vía peculiar: mantiene en pie el principio *societas delinquere nec puniri potest*, pero admite –como el CP anterior– que se impongan a las personas jurídicas y empresas importantes “consecuencias accesorias” en la sentencia penal (p. 7).

El jurista ibérico resalta que las consecuencias accesorias –que afectan la entidad de la persona jurídica en el plano administrativo– no configuran una sanción penal dicho con propiedad, pero tampoco configura una sanción civil, más bien constituyen la denominada “tercer vía”, que no es sino una sanción administrativa.

El catedrático Santiago Mir Puig (2004), tras el estudio comparativo y minucioso de las consecuencias accesorias en el código penal vigente y el

código penal anterior, arriba a tres conclusiones que deberíamos tener en cuenta para poder entender el contenido y el alcance de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal peruano vigente.

La primera conclusión refiere: “La primera es que la pena, en sentido estricto, tiene un significado simbólico de grave reproche que presupone la actuación antijurídica y culpable de una persona física a la que se impone” (p. 16)

La segunda conclusión esclarece:

(...) la peligrosidad especial que pueden suponer las personas jurídicas y las empresas puede combatirse no sólo mediante sanciones administrativas y civiles, sino también a través de medidas preventivas previstas por el Derecho penal, similares a las medidas de seguridad en cuanto no se basan en la culpabilidad, pero peculiares porque no se basan en la capacidad de delinquir de una persona física sino es la peligrosidad objetiva, instrumental, de la persona jurídica o empresa. Se trata de una tercer vía (...) (p. 16)

La tercera conclusión señala que: “(...) las “medidas accesorias” previstas en el CP español de 1995 para personas jurídicas y empresas deben entenderse como medidas preventivas distintas a las penas y a las medidas de seguridad clásicas, y abren una tercera vía en la línea correcta” (P. 16)

2. Isidoro Blanco Cordero

Los delitos tributarios y aduaneros –en opinión de Blanco Cordero (2011)– son considerados como delitos que anteceden al blanqueo de capitales, en la medida que los medios pecuniarios que no fueron entregados al fisco en la cantidad y modalidad cuantitativa prevista por la administración tributaria son utilizados en la fundación y funcionamiento de emprendimientos lucrativos.

Las tendencias internacionales parecen moverse hacia la admisión del fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo. Hace algunos meses, la publicación suiza *SonntagsZeitung* de 28 de

febrero de 2010 informaba de los planes del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) –el organismo mundial más importante en materia de lucha contra el blanqueo de capitales-, de incluir los delitos fiscales como delitos previos del blanqueo de capitales (P. 2018)

Así pues, el GAFI sostiene que los delitos fiscales condicionan la existencia de los delitos de lavado de activos. En otras palabras, el jurista español nos da entender que los defraudadores de la Hacienda Pública devienen con frecuencia en blanqueadores de capitales.

El delito de blanqueo de capitales –de sanción internacional desde hace tiempo hasta la actualidad- es una institución jurídico penal en proceso de variación en razón del contexto social y político que la circunda y la permea. Tal es así que el jurista Blanco Cordero (2011), en relación a la política criminal sobre blanqueo de capitales en España a inicios del nuevo milenio, explica:

La política criminal inspiradora del delito de blanqueo de capitales está sufriendo de importante transformaciones en los últimos años. Comenzó siendo un instrumento de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y posteriormente se orientó a afrontar la lacra del crimen organizado. Hoy en día se ha superado esta idea, y el delito de blanqueo de ha expandido enormemente su campo de aplicación a cualquier actividad delictiva y (...) a una serie de comportamientos difícilmente responden a la idea de lo que constituye el fenómeno del blanqueo. (p. 43)

Tal como se ve, el delito de lavado de activos estuvo ligado al delito de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, hoy por hoy, el tráfico ilícito de drogas y otros delitos más anteceden al lavado de activos.

En la conclusión de su artículo sobre Lavado de Activos en España y en general en Europa durante la primera década del nuevo milenio, Isidoro Blanco Cordero señala la responsabilidad penal que recaería sobre la persona jurídica

que no diseñaría ni implementaría modo de control alguno contra la incursión en el delito de lavado de activos de parte de aquélla. A saber:

El nuevo artículo 31 bis CP convierte a todas las personas jurídicas en sujetos obligados a establecer un sistema de vigilancia para extremar su cuidado con los empleados, ejerciendo el debido control atendidas las concretas circunstancias de cada caso. La nueva regulación (...) parece convertir a todas las personas jurídicas en sujetos obligados a establecer sistemas de control para evitar el blanqueo de capitales. En caso de no hacerlo (...), responde penalmente, también, la persona jurídica que no ha ejercido el debido control sobre aquél. (Blanco Cordero, 2011, p.46)

3. *Bernardo Feijoo Sánchez*

La empresa juega un rol importante en la sociedad contemporánea. Sin embargo, aquel rol, en la mayoría de los casos, tiene efectos negativos según Bernardo Feijoo Sánchez (2009):

En la sociedad actual tiene una gran relevancia todo lo relacionado con el mundo económico, y el sujeto económico de mayor trascendencia es la gran empresa o sociedad mercantil. Ello está vinculado a la idea cada vez más evidente de que la sociedad moderna se caracteriza, entre otros aspectos, por ser una sociedad de organizaciones. El mercado tiene efectos perniciosos (...). En algunas ocasiones, los daños que se generan se derivan de la actividad de empresas o sociedades mercantiles concretas y, en esa medida, pueden generar responsabilidad penal (p. 45).

Conforme a Bernardo Feijoo Sánchez (2009), dentro del ámbito empresarial, la confianza entre sus miembros constituye un principio que rige las acciones e interacciones entre aquellos, de tal modo que su cumplan con los objetivos específicos y genéricos previstos por la administración de la empresa.

El principio de confianza se encuentra estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad. Y, en algunos casos, uno no sólo toma decisiones y responde de sus comportamientos sino que su ámbito de decisión y, por tanto, de responsabilidad, se extiende hasta afectar el comportamiento de terceras personas que se encuentran en una posición subordinada (p. 27).

Al parecer de Bernardo Feijoo Sánchez (2000), el empresariado está obligado a actuar con diligencia, esto es, proceder de tal modo y tal forma que no se genere ninguna especie de perjuicio ni dentro ni fuera del ámbito de la empresa.

Esta cuestión es especialmente importante en ámbitos donde se extrema cada vez más los deberes de diligencia como en el caso de la protección del medio ambiente, en especial en lo que se refiere a riesgos alimentarios o frente a riesgos derivados de la falta de seguridad de los productos comercializados (p. 29).

Así pues, el experimentado Sánchez toma como ejemplo el caso de la industria que daña el medio ambiente –cualquiera de los recursos naturales- por un asunto de negligencia en la ejecución de sus planes. También, el caso de la industria que produce afectaciones de toda índole en la salud de las personas debido a la falta de cuidado en la elaboración de las facturas alimentarias.

III. Doctrina nacional

4. *Percy García Caveró: devenir histórico de la persona jurídica tránsito del justo al injusto.*

a. *Historiografía de la responsabilidad penal de la persona jurídica*

El jurista peruano Percy García Caveró, en su ponencia titulada *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* y presentada a mediados del 2005 en la Universidad Externado de Colombia, nos narra con sencillez y fluidez el devenir de la responsabilidad penal

de la persona jurídica, desde su rotundo rechazo hasta su adopción recelosa de parte de la doctrina y, por ende, de la norma penal material y procesal. A saber:

- **Siglo XVIII:** En las postrimerías de la edad moderna, la industria estaba en expansión. La persona jurídica, como conjunto de personas naturales que tenían en común la fabricación de productos de diversa índole, la prestación de servicios más o menos especializados, o ambos objetos societarios, tenía participación en el desarrollo de la sociedad, de suerte que devino en ente susceptible de faltas contra la comunidad. A pesar de este aserto fáctico y jurídico, compartido y sustentado por juristas reconocidos y renombrados de la época, la persona jurídica sólo configuraba una ficción dentro del derecho civil pero ni siquiera era pensable en el derecho penal del siglo dieciocho.
- **Siglo XIX:** Después de la segunda guerra mundial, los americanos llegaron y se instalaron en el territorio alemán, donde ejercieron el derecho anglosajón, de tal modo que la ciudadanía alemana recibió y aceptó, poco a poco, la aplicación de dicho derecho que, en contraste con el derecho continental, tenía por fundamento la casuística y el pragmatismo, esto es, la resolución pronta de los conflictos de intereses intersubjetivos. Pese a ello, la comunidad alemana de juristas especializados en criminalidad y penalidad convinieron en que la persona jurídica no era susceptible de responsabilidad penal alguna puesto que aquella no ejercía ninguna forma de *acción*, en el sentido que en condición de entidad ideal,-inmaterial e inmaterializable- no contaba con una voluntad en el centro de sus acciones ni contaba con una finalidad directa o indirecta tras la perpetración de sus acciones. De modo que ni los causalistas

ni los finalistas apostaban por atribuir responsabilidad penal a una entidad inactiva.

- **Siglo XX:** Entre fines de la década de los ochenta y principios de los noventa, Europa se unificó en un mercado continental común, de modo que todos los Estados partícipes quedaban obligados los unos frente a los otros. En consecuencia, se establecieron sanciones sobre las personas jurídicas – particularmente sobre aquellas que se constituían como mercaderes (compradores o vendedores, así como productores y consumidores)–. Dichas sanciones recaían sobre las personas jurídicas siempre que el hecho punible les fuese reprochable, esto es, que lo hubiesen perpetrado a sabiendas de lo que hacían y para qué lo hacían.

En síntesis, a lo largo de la edad moderna y contemporánea, marcadas por el industrialismo –combinación de sobreproducción y consumismo–, ha habido un cambio creciente en el entendimiento de responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto es comprensible si recordamos que la titularidad de la autoría recaía únicamente sobre la persona natural, la persona concreta, la persona percibida. Sin embargo, en atención a la magnitud de los daños que las personas jurídicas –generalmente empresas– pueden causar, reconsideremos que los elementos dominicales del delito y la pena pueden ser ampliados en su contenido. De este modo, el derecho penal material y procesal podría responder a las exigencias de punibilidad sobre entes que, en cierto grado, son responsables por la afectación de ciertos bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

b. Controversia científica sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica.

- *Teoría de la identificación:* Aun cuando haya sido el órgano superior o inferior quien haya cometido el injusto penal, es la empresa quien responde como si hubiese sido ella quien ideó, preparó y consumó el delito. La cuestión estriba sobre el hecho de que si la persona jurídica asume toda la responsabilidad entonces el miembro de la sociedad quedaría exento de toda sanción penal.
- *Teoría del defecto de la organización:* La responsabilidad penal de la persona jurídica tiene por asiento el hecho de que la empresa en su conjunto no ha laborado ni obrado según y conforme un plan de organización. Una cuestión consiste en que en este supuesto no existe bien jurídico afectado dado que la falta de la empresa es la falta organización y todo lo que ello conlleva. Otra cuestión consiste en que la persona jurídica sería sancionada sin tener en cuenta si el delito perpetrado por el órgano empresarial conlleva circunstancias atenuantes o agravantes.

Así pues, la teoría de la identificación y la teoría de la organización defectuosa presentan puntos a favor y en contra en el momento de su formulación (aspecto material) y en el de su aplicación (aspecto procesal). Por ende, el jurista debe reconocer mejor cuáles son los alcances de dichas teorías y el juzgador penal tiene que ser consciente de las contradicciones de las que puede ser partícipe dentro de un sistema jurídico punitivo que debería ser congruente en su totalidad.

5. *Luis Miguel Reyna Alfaro: el modelo de prevención y el derecho penal*

Como lo sabemos, la atribución del hecho punible en el derecho penal está dirigida a la persona natural y no a la persona jurídica. Así, Reyna Alfaro (2018) nos lo recuerda:

El derecho penal como lo conocemos fue ideado y diseñado en función de la persona natural, del individuo, de la persona. El rigor y vigor del aforismo *societas delinquere non potest* descansaba en ese entendimiento: no es posible que el derecho penal intervenga sobre las personas jurídicas porque éste ha sido construido en referencia a la persona natural (p. 37)

Respecto al Código Penal español vigente, nuestro jurista nacional detalla los elementos que conforman el programa de cumplimiento en virtud del cual la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad penal alguna. A saber (p. 43):

- a) Determinar la actividad riesgosa o peligrosa que debe ser objeto de prevención.
- b) Determinar los protocolos que formulen los procesos de formación de voluntad de la persona jurídica en torno a la adopción y aplicación de decisiones orientadas a la prevención de los riesgos penales
- c) Disponer modelos de gestión a fin de contar con los recursos financieros adecuados para impedir la prevención de los delitos.
- d) Determinar la información sobre riesgos y sanciones a los órganos a cargo de cumplimiento normativo
- e) Determinar un sistema de reacción disciplinaria frente a los incumplimientos de las medidas establecidas en los programas de cumplimiento;
- f) Revisar el modelo de prevención y las modificaciones pertinentes.

Respecto a la ley que regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, se establecen pautas a tener en consideración:

- 1) Contar con el oficial de cumplimiento, quien debe gozar de independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y debió ser designado por los responsables máximos de la administración de la persona jurídica.
- 2) Reconocer y mitigar los riesgos posibles con el fin de prevenir la comisión de los delitos comprendidos en la ley.
- 3) Implementar procedimientos de denuncia

- 4) Difundir y capacitar periódicamente sobre el modelo de prevención.
- 5) Monitorear el cumplimiento del modelo de prevención.

Tanto la parte acusadora como parte acusada en el proceso penal tienen obligaciones procesales. Por un lado, el Ministerio Público debe sustentar los elementos de convicción que demuestren la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por otro lado, la persona jurídica debe contraponer los hechos o las circunstancias que la eximan en todo o en parte de la atribución delictiva. Siendo así, Luis Miguel Reyna Alfaro (2018) expone:

(...) otro de los dilemas planteados se encuentra asociado a la participación de la parte procesal a quien se impone la carga de prueba. Es que mientras corresponde al Ministerio Público acreditar las circunstancias fundamentadoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a esta corresponde acreditar la concurrencia de las circunstancias eximentes, en caso la alegue. Los problemas se producen en los espacios en que ambos se intersectan” (pág. 52)

La crítica que el jurista peruano recoge es la relación cooperativa que se entabla entre el Ministerio Público y la parte acusada con miras a la obtención de información relevante para el conocimiento total o casi total de todos los elementos del caso. Así pues (Reyna Alfaro, 2018):

Una consecuencia directa de la discusión en torno a las cargas probatorias es la tendencia (...) a establecer, incluso en ausencia de una regulación expresa, relaciones de cooperación entre el acusador y la persona jurídica imputada que se manifiestan en acuerdos informales (pues no han sido homologados judicialmente) que expresan decisiones de no ejercicio de la acción penal (p. 53)

Fisse & Braitwaite, citados por Reyna Alfaro (2018), concuerdan en que el sistema penal de atribución penal personalísima ha fracasado y por tanto debe fundarse un sistema penal de adjudicación penal tanto sobre la persona natural como la persona jurídica. (p. 54)

De aquí que el jurista español Silva Sánchez, también mencionado por Reyna Alfaro (2018), aconseje que la dogmática penal actual admita dentro de su dominios a la institución jurídica de la responsabilidad penal de la persona jurídica a fin de que, de análisis en análisis, su contenido pueda guardar congruencia con todo el cuerpo de la dogmática penal contemporánea. (pág. 54)

6. *Luis Miguel Reyna Alfaro: la exención y la atenuación de la responsabilidad penal en el modelo de prevención*

Como expresa Reyna Alfaro (2018), la responsabilidad penal de la persona jurídica era impensada e insostenible hasta el proyecto, la promulgación y la publicación de la Ley N.º 30424 y el Decreto Legislativo 1352. (Reyna Alfaro, 2018, p. 210)

Puesto que existen delitos perpetrables por acción o por omisión de parte de ciertas personas jurídicas, éstas requieren la instauración de modelo de prevención de delitos, vale decir *criminal compliance*, con el fin de evitar que éstos se ejecuten o se tiene su ejecución y, en consecuencia, la persona jurídica no se vea afectada.

El sistema de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo es el sistema que reconoce indicios y hechos relativos a los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo. Sin embargo, cabe precisar que este sistema tiene por entes susceptibles de investigación e inquisición a ciertas personas naturales y ciertas personas jurídicas. En palabras de Reyna:

(..), en la medida que el SPLAFT se dirige a los sujetos obligados y estos son, en su mayoría aunque no exclusivamente personas jurídicas, es lógico que se aborde los efectos de la implementación de *compliance programs* sobre la responsabilidad (penal o sui generis según se asuma) de la persona jurídica. Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que la idea *compliance* ha sido desarrollada con mayor extensión y detalle en el contexto del SPLAFT. (Reyna Alfaro, 2018, p. 210)

Como puede verse, la sujeción de la persona jurídica al SPLAFT obliga a aquélla al diseño e implementación de un modelo de prevención para tales delitos.

En contra de lo propuesto por algún sector de la doctrina, consideramos que la Ley n.º 30424 reconoce una responsabilidad sui generis (penal/administrativa pero no estrictamente administrativa) que debe concurrir con la diseñada para las personas naturales. (Reyna Alfaro, 2018, p. 211)

El criminal compliance –en otros términos el modelo de prevención de delitos realizables por la entidad empresarial–, data desde el siglo XIX hasta el día de hoy. Así que Reyna Alfaro nos muestra unos precedentes.

Ambos conceptos deben su irrupción a los contenidos de las “*Federal Sentencing Guidelines*”, circunstancia que constituye un referente constante en el desarrollo de la legislación y la doctrina de nuestros países” (p. 213) (...) “posteriormente, la *Sarbanes Oxley* en 2002, (...) se dirigió a enfrentar las debilidades de los sistemas internos de control y la ausencia de independencia de los órganos de control corporativo del directorio a través del reforzamiento de los deberes de revelación de información por parte de las empresas. (Reyna Alfaro, 2018, p. 215)

Tal como denuncia la situación expuesta, los órganos que debían controlar el buen funcionamiento de la empresa no lo hacían y esto provocó la necesidad de tener que hacerlo con miras a una convivencia de personas naturales y jurídicas en cumplimiento de sus derechos y obligaciones frente a los demás.

Aunque el concepto del *criminal compliance* es uno solo, éste adquiere singularidad según y conforme la naturaleza de la actividad que realice la persona jurídica. Por tanto, pueden existir tantos *criminal compliance* como tantos rubros de empresas existen. “Contenido del *compliance*: el *compliance*,

no obstante, parte del reconocimiento de que la criminalidad de empresa se produce en un contexto tan variado como variados son los rubros en que ésta se desarrolla” (Reyna Alfaro, 2018, p. 215)

Todos los miembros de la persona jurídica deben ser conscientes del conjunto de reglamentos, reglas, normas y principios que sostienen la organización y el funcionamiento de la entidad privada o mixta en que laboran u ofician. Solamente esto permite que el modelo de cumplimiento pueda ser llevado a cabo, (Reyna Alfaro, 2018).

Reyna plantea cuatro cuestiones a la Ley y el Decreto Legislativo sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica:

Primera cuestión: “(...) falta de referencia a la relación entre los autores del hecho criminal generador de la responsabilidad de la persona jurídica y su posición en la representación, dirección y administración de la persona jurídica”. (Reyna Alfaro, 2018, p. 227)

Segunda cuestión: “(...) imprecisión conceptual (Reyna Alfaro, 2018, p. 230).

Tercera cuestión: “la ubicación natural del *compliance* en extramuros del derecho penal. (...), la idea de control empresarial propio del cumplimiento normativo tiene carta de naturaleza en el ámbito del derecho de sociedades” (Reyna Alfaro 2018, pág. 230).

Cuarta cuestión: “(...), la forma en que el *compliance* opera variará no sólo en función al tipo de negocio del que se trate sino también en relación al país del que provenga la persona jurídica o del tipo de actividad que desempeñe”(Reyna, Alfaro. 2018, pág. 230)

Quinta cuestión: “(...) el origen territorial del *compliance*. La doctrina es coincidente en reconocer que el *compliance* surge en el sistema federal de los EE.UU. Circunstancia que dificulta aún más su asimilación a nuestro sistema jurídica penal”. (Reyna Alfaro, 2018. pág. 230).

Hay que tener en cuenta los cinco problemas que Reyna Alfaro plantea a fin de poder saber cuáles son las falencias que la Dogmática Penal debe plantear y resolver en la medida de lo posible.

Desde un punto de vista criminológico, la empresa opera como un solo ente, aunque esté conformado por varios individuos.

Ello lleva a reconocer que la cultura y organización empresarial generen una mente grupal (*group mind*) la que los agentes corporativos se amoldan lo que determina que reaccionen en automático, siguiendo sus predisposiciones, sus códigos de conducta, las estructuras de poder, sus reglas de organización y sus protocolos. Estas circunstancias llevan a que autores como Palmer sostengan que los agentes corporativos, en el contexto de las estructuras empresariales, actúan *mindless*, en automático. (Reyna Alfaro, 2018, pp. 235-236)

David Nelken, citado por Reyna Alfaro, sostiene que los miembros superiores de las empresas carezcan de sentido moral y organizacional las más de las veces.

(...) David Nelken haya calificado a los managers como una especie de animales camaleónicos alimentados por la ambigüedad moral y la falta de certeza organizacional. Con esta idea se destaca precisamente cómo es que la falta de políticas y códigos empresariales definidos afecta en el sentido de las actividades de los agentes corporativos. (Reyna Alfaro, 2018, p. 236)

7. *El criminal compliance según Gustavo A. Arocena*

Gustavo A. Arocena señala que el desarrollo de la actividad empresarial debe estar en correspondencia con la organización de la ciudad, vale decir, el

cumplimiento de la norma constructora de parte de la empresa que realiza la construcción mantiene y promueve el derecho urbano.

Así por ejemplo la construcción es una actividad que está sometida a numerosas normas. Por ejemplo, de carácter urbanístico, medioambientales, de seguridad laboral, fiscales, etc. De esta manera, si un edificio se ha construido con absoluto respeto de las normas que regulan la planificación y desarrollo de una ciudad, se dice que el edificio está conforme a esas normas (*in compliance with codes*) (...) (Reyna Alfaro, 2018, p. 7)

Respecto a la modalidad de la responsabilidad penal en la legislación argentina relativa a las personas jurídicas es la moralidad de la autoresponsabilidad, vale decir que el delito perpetrado por cualquier integrante de la entidad empresarial es valorado como si hubiese sido la misma entidad empresarial la que lo hubiese consumado o intentado.

La República Argentina, a través de la ley 27,401, "...parece haber tomado partido por el modelo de autoresponsabilidad, aunque todavía... [] pervivir[ían] algunos elementos del modelo vicarial. En el artículo 2 de aquel conjunto normativo, encargado de fijar los principales criterios de atribución de responsabilidad... [la pauta] central para imputar a la persona jurídica lo realizado por la persona física es que pueda verse en esa actuación la «cara» de la empresa, porque se obra directamente en su nombre o representación, con su intervención o en su beneficio o interés. (Reyna Alfaro, 2018, pp. 14-15)

Gustavo A. Arocena, en seguimiento de la doctrina penal sobre responsabilidad penal en el ámbito empresarial expone dos modalidades de responsabilidad. La hetereresponsabilidad penal, cuando el acto cometido por el miembro de la empresa es atribuido a dicho miembro. Y la autoresponsabilidad, cuando el acto cometido por el miembro de la empresa es atribuido a ésta.

(...) predominan, a mi modo de ver, elementos más asociados al modelo de la heteroresponsabilidad (Montiel, 2018, pp.131 y 132, quien añade: “ahora bien, aparecen elementos propios del modelo de la autoresponsabilidad en otras partes del articulado, especialmente allí donde se plasman las pautas para excluir o atenuar la pena de las personas jurídicas” – Montiel 2018, 132-) (Reyna Alfaro, 2018, p. 15)

El modelo de cumplimiento empresarial se formuló y se efectuó como medio de combate contra ciertas hegemonías económicas en la década de los setenta en Estados Unidos de América.

(...) tiene su nacimiento a principios de la década de los “70 del siglo pasado, en Estados Unidos. Varias empresas implementaron programas de cumplimiento a fin de prevenir y reprimir conductas relacionadas con los monopolios (antitrust) – Sahan, 2013, p. 245- o vinculadas a la corrupción privada (*bribery*). (Gustavo A Arocena, 2018, p.18)

A entender de Arocena, el modelo de cumplimiento no sólo es un conjunto normativo diseñable y aplicable de una sola vez sino que atraviesa seis etapas, a saber:

- a) Formulación del modelo preventivo. (p. 21)
- b) Implementación del modelo preventivo. (p. 21)
- c) Asimilación por los integrantes de la entidad empresarial. (p. 21)
- d) Consolidación del modelo preventivo. (p. 21)
- e) Evaluación de la aplicación del modelo preventivo. (p. 21)
- f) Modificación del modelo preventivo con miras a su mejoramiento. (p. 21)

Heine, citado por Reyna Alfaro, explica respecto a la sociedad moderna y el *criminal compliance*:

Los temas actuales de la política criminal son, por ejemplo, la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente. Estos ámbitos están básicamente impregnados de modelos de conducta colectiva, siendo las empresas en tanto elemento propios de la sociedad industrial moderna, los agentes del desarrollo social. De acuerdo con esto, la influencia real de las asociaciones, empresas y bancos se encuentra en el primer plano de la política criminal. (Reyna Alfaro, 2018, pág. 29 y 30)

IV. Conclusiones

- La responsabilidad penal de la persona jurídica todavía está en desarrollo, tanto en la jurisprudencia nacional como extranjera.
- Existen posturas a favor y posturas en contra. Unos se fundan en el principio de *societas delinquere non potest*, mientras que otros apuestan por el hecho de *societas delinquere potest*.
- Sin perjuicio de ello, el grado de peligrosidad de las empresas exige adoptar modelos de prevención a fin de que la empresa no cause perjuicios dentro y fuera de su organización.

V. Recomendaciones

- La responsabilidad penal de la persona jurídica debe ser estudiada por la Dogmática Penal a fin de que se pueda compatibilizar con las instituciones que la conforman.
- El dogmático penal empresarial debe tener un conocimiento básico del derecho penal económico y empresarial.

- El modelo de cumplimiento debe ser diseñado e implementado en atención al objeto social de cada persona jurídica.
- El oficial de cumplimiento debe ser imparcial e independiente en el ejercicio de sus actividades relativas a la empresa.

La responsabilidad de la persona jurídica

The responsibility of the legal entity

Samuel Eduardo Correa García

Estudiante del décimo segundo ciclo de Derecho de la Universidad de San

Martín de Porres, Lima, Perú

samuel_correa@usmp.pe

Resumen: En el presente artículo se demostrará que en el Perú, a través de su legislación, se está desarrollando la responsabilidad penal de la personas jurídicas, mas no la llamada responsabilidad administrativa de las mismas -como así lo ha denominado el legislador mediante la Ley n.º 30424-, al presentar diversas figuras jurídico-penales.

Palabras clave: Derecho Penal / responsabilidad administrativa / responsabilidad penal / persona jurídica / persona natural / acción penal.

Abstract: This article will show that in Peru, through its legislation, the criminal responsibility of legal persons is being developed, but not the so-called administrative responsibility of them - as the legislator has called it through the Law n ° 30424-, when presenting various legal-criminal figures.

Keywords: Criminal Law / administrative responsibility / criminal responsibility / legal person / natural person / criminal action.

I. Introducción

Desde hace décadas se debaten diversos argumentos a favor y en contra de la punibilidad de las personas jurídicas, entre los cuales son: existencia, capacidad de acción, capacidad de culpabilidad, capacidad de punibilidad y funciones de la pena, problemas procesales, necesidad político criminal (cfr. Abanto Vásquez, 1997, pp. 156-157).

Por ello, debido a intereses de orden político criminal se adoptó la responsabilidad de las personas jurídicas ante determinados delitos (Cfr. Reyna Alfaro, 2016, p. 123). Con base en un modelo de responsabilidad por su defectuosa organización, mas no la simple vinculación del delito con sus actividades (Cfr. García Caverro, 2018, p. 177).

II. Evolución normativa

Estas tres normas tuvieron los siguientes alcances:

- El 20 de abril de 2016 se promulgó la Ley n.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, delito previsto en el artículo 397-A del Código Penal.
- Posteriormente, el 6 de enero de 2017 se promulgó el Decreto Legislativo n.º 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, en el cual se amplió esta responsabilidad para delitos previstos en los artículos, 397-A y 398 del Código Penal, también para los delitos previstos en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo n.º 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, para el artículo 4-A del Decreto Ley n.º 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.
- Finalmente, el 1 de agosto de 2018 se promulgó la Ley n.º 30835, Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley n.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, con el cual se amplió dicha responsabilidad para los delitos previstos en los artículos 384 y 400 del Código Penal, delitos de colusión -simple y agravada- y tráfico de influencias, respectivamente.

Para efectos de este artículo, no abordaremos proyectos de ley sobre responsabilidad de las personas jurídicas, sino que estará enfocado de cara a evaluar si es correcto denominar responsabilidad administrativa o penal de las personas jurídicas, atendiendo al contenido prescrito por el legislador, a través de diversos aspectos que advertimos en las siguientes líneas.

III. Atribución de responsabilidad

El primer párrafo del artículo 3 de la Ley n.º 30424 y del Decreto Legislativo N.º 1352 establecen que las personas jurídicas son responsables cuando estos delitos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto. “[E]l principio de culpabilidad se encuentra en discusión” (Roxin, 2016, p. 288), empero, “toda pena deberá encontrar su límite en la culpabilidad del autor: no podrá pensarse a nadie que actúe sin culpabilidad” (p. 11).

García Cavero (2010, p. 22) indica que es necesario desarrollar una culpabilidad propia de las personas jurídicas, la cual se corresponda con sus particularidades, mientras que Gómez-Jara Díez (2018) considera que se puede hablar de “culpabilidad en un sentido analógico, quizás semejante a la idea de equivalencia funcional con la responsabilidad individual” (p. 22)

En tanto, a través de la Ley n.º 30424, las personas jurídicas son responsables por los delitos cometidos por los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Sin embargo, a través del Decreto Legislativo n.º 1352 se extendió la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos cometidos por los socios y directores de la persona jurídica. En el artículo 3, primer párrafo, literal c) de este Decreto se establece la responsabilidad de las personas jurídicas cuando las personas naturales hayan cometido estos delitos bajo órdenes o autorización y cuando hayan incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada.

De esta manera, podemos apreciar el denominado modelo de transferencia o vicarial, en el cual se imputa a la persona jurídica la culpabilidad de un individuo que se encuentra en una determinada relación de proximidad con la persona jurídica, siendo que la persona jurídica no se convierte en culpable, sino que la culpabilidad de un individuo es transferida a ella como imputada (Cfr. Greco, 2019, p. 84).

No obstante, el mismo texto legal establece que las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales hubiesen cometido los delitos exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Siendo que, ante la posibilidad de que se impute a una persona jurídica por un injusto ajeno, la culpabilidad ocurriría únicamente como reflejo de la imputación del injusto (Cfr. Greco, 2019, p. 85), supuesto que en este caso el último párrafo del artículo 3 de la Ley n.º 30424 y del Decreto Legislativo n.º 1352 no prevén, sin embargo, excluye este supuesto de culpabilidad de la persona natural en el contexto mencionado en el párrafo anterior.

IV. Extinción de la acción penal

El artículo 4 de la Ley n.º 30424 establece que “[l]a responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural” (Ley n.º 30424).

En tanto, podemos advertir que, a pesar de que en el primer párrafo de esta norma se trata de desvincular la responsabilidad de la persona jurídica de la responsabilidad de la persona natural, señalando que la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa y que la responsabilidad de la persona natural de carácter penal.

En ese tenor, el segundo párrafo del artículo 4 estableció que “[l]as causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” (Ley n.º 30424).

Sin embargo, a pesar que en este primer párrafo se establece que las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no “enervan” la responsabilidad –repetiendo el término- administrativa de la persona jurídica, en el segundo párrafo del artículo 4 estableció que “[l]a acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción o cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia” (Ley n.º 30424), por ello, mediante el Decreto Legislativo n.º 1352 se modificó este artículo 4, suprimiendo los términos *amnistía* y *derecho de gracia* (Decreto Legislativo N° 1352) debido a que el legislador advirtió que en este segundo párrafo del artículo 4º de la Ley N.º 30424 se estuvo utilizando las mismas causales de extinción de responsabilidad penal aplicables ante la comisión de delitos por parte de una persona natural por delitos de acción pública, que fueron establecidos en los párrafos 2) y 3) del artículo 78 del Código Penal, empero, podemos apreciar que estos artículos no fueron citados por el legislador al establecer estas causas de extinción mediante la Ley n.º 30424 ni con el Decreto Legislativo que modificó la misma.

Además, cabe resaltar que a través de estas dos normas, tanto el Legislativo como el Ejecutivo sostuvieron a la acción penal corresponde a la persona natural y que la responsabilidad administrativa corresponde a la jurídica.

Finalmente, en el tercer párrafo del artículo 4 el legislador precisó que “[l]a prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal” (Ley n.º 30424)..

No obstante, a través el Decreto Legislativo n.º 1352 se modificó el tercer párrafo de este artículo 4, estableciendo el Ejecutivo que “[l]a acción contra la persona jurídica prescribe en el mismo tiempo que el previsto para la persona natural, de conformidad con el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal, siendo de aplicación asimismo, en lo que corresponda, los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal.” (D. Leg. n.º 1352).

De esta manera, determinó el alcance del artículo 80 del Código Penal respecto a la persona jurídica, mostrando mayor precisión que la establecida por la Ley n.º 30424 respecto a la aplicación de este artículo.

Caso contrario apreciamos respecto al alcance de los artículos 82, 83 y 84 del Código Penal, ya que, respecto a estos, mediante el Decreto Legislativo se mantuvo el mismo vacío que en la Ley n.º 30424 al utilizar la frase “en lo que corresponda”, advirtiendo que tanto el Ejecutivo como el Legislativo se remitió a estos artículos del Código Penal sin determinar los alcances respecto a la denominada responsabilidad de la persona jurídica.

En suma, respecto este tema, podemos advertir que se basa en un modelo de responsabilidad penal de la persona natural, al utilizar las figuras jurídico-penales de la extinción y de la prescripción sin mayor distinguo que citar, a través de la Ley 30424, los artículos 78 y 80 del Código penal, que literalmente hace referencia a la figura de la “acción penal”, circunstancia que fue advertida y subsanada mediante el Decreto Legislativo n.º 1352, sin embargo, el código sustantivo no solo utiliza la figura de la “acción penal” en estos artículos correspondientes a la extinción y prescripción de la acción penal, sino que en los artículos 82, 83 y 84 hace referencia al inicio de los plazos de prescripción de la acción penal, a la interrupción de la prescripción de la acción penal y a la suspensión de la prescripción. Por ello, si el legislador buscaba desvincular la figura de la “acción penal” explícitamente en las tres normas objeto de análisis, debió advertir que podía existir una vinculación implícita, la cual hemos evidenciado.

V. Medidas administrativas

En cuanto a las medidas administrativas, no ha habido modificación desde la vigencia de la Ley n.º 30424, artículo 5 que establece como medidas la multa, inhabilitación (suspensión, prohibición de realizar determinadas actividades, prohibición para contratar con el Estado), cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, clausura de sus locales o establecimientos (Ley n.º 30424), salvo que estableció “plazo no menor” en cada “medida administrativa”, con la modificación en el Decreto Legislativo N° 1352, motivo que advertiremos en las próximas líneas.

VI. Pedido de parte

No solo el juez puede disponer medidas administrativas bajo el principio de rogación (a pedido del Ministerio Público), sino que conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo n.º 1352 también puede disponer medidas administrativas, como también el “decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito cometido por el que se declare responsable a la persona jurídica, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal” (D. Leg. n.º 1352).

VII. Determinación de las medidas aplicables

El artículo 12 de la Ley n.º 30424, que en un principio no determinó la atenuante, al ser modificado por el artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 1352, estableció circunstancias atenuantes respecto a la responsabilidad de la persona jurídica, las cuales son equiparables al desistimiento activo y con características equiparables que presentan institutos procesales como la colaboración eficaz, principio de oportunidad y conclusión anticipada

Así, al realizar el Ejecutivo la modificación del artículo 12 estableció (lo que, al parecer, el legislador en un principio olvidó), ante un supuesto de “confesión”, la rebaja de un tercio por debajo del mínimo legal (D. Leg. n.º 1352), siendo su aplicación equiparable a las circunstancias atenuantes privilegiadas previstas en el Código Penal ante la responsabilidad penal de un individuo.

Lo más increíble de la denominada “responsabilidad administrativa” es que el legislador señala que las circunstancias atenuantes son inaplicables en casos de flagrancia o cuando se configure la reincidencia; por lo que podemos advertir que en el desarrollo de esta denominada responsabilidad administrativa el legislador -desde la Ley n.º 30424 hasta la modificación mediante el Decreto Legislativo n.º 1352- ha tenido como paradigma la responsabilidad penal, al punto de señalar un supuesto de no aplicación que por su naturaleza solo es posible de ser aplicado a una persona natural.

VIII. Reincidencia

El artículo 13° de la Ley n.° 30424, modificado por el artículo 13° del Decreto Legislativo n.° 1352, establece circunstancias agravantes, entre ellas que, dentro de los cinco años posteriores a la fecha en que se le haya impuesto, mediante sentencia firme, una o más medidas a la persona jurídica, la consecuencia es que el juez pueda aumentar las medidas establecidas hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido (Decreto Legislativo n.° 1352), supuesto que conocemos como reincidencia, el cual es aplicable cuando un individuo incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede a cinco años después de haber cumplido en todo o en parte una pena.

IX. Aplicación de las medidas

El artículo 14° del Decreto Legislativo n.° 1352 establece como criterios de determinación de la denominada responsabilidad administrativa de la persona jurídica:

La gravedad del hecho punible, la capacidad económica de la persona jurídica, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido por el delito, el móvil para la comisión del delito, el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control. (cfr. D. Leg. n.° 1352)

Estos criterios son equiparables a los principios de lesividad y proporcionalidad, ya que la gravedad del hecho punible es equiparable a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido y a su grado de afectación, reconocidos por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 2090-2005-Lambayeque, fundamento jurídico cuarto, y en el IV Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de Chiclayo (Cfr. Caro John, 2016, pp. 20-21), respectivamente.

Siendo la capacidad económica de la persona jurídica equiparable al artículo 45, inciso b), del Código Penal.

En tanto que la extensión del daño o peligro causado y el móvil fueron criterios utilizados para la determinación de la pena al entrar en vigencia el

Código Penal. En consecuencia, el legislador debió advertir que estos criterios son y fueron utilizados para determinar la responsabilidad penal de una persona natural, por lo que debió desarrollar una técnica legislativa que permita diferenciar por qué estos criterios son aplicables para la persona jurídica ante su responsabilidad administrativa y así podamos apreciar que no son los mismos criterios de aplicación para la responsabilidad penal de la persona natural.

Así, cabe advertir que al señalar el puesto que en la persona jurídica ocupa la persona natural, continuamos advirtiendo un modelo de transferencia, en este caso, no para determinar responsabilidad, sino para determinar la pena concreta.

Ergo, como señala Gracia Martín (2010), “aquello que se pretende imputar a la persona jurídica en realidad son los efectos jurídicos producidos por la acción del órgano o del representante, pero no una acción concebida como ejercicio de la voluntad” (p. 18).

X. Pasos para la imposición de multas y medidas administrativas

El artículo 15 de la Ley n.º 30424 establece que el juez no solo deberá identificar la extensión de la medida correspondiente, y luego evaluar la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, aplicando el sistema de tercios, señalando que “la divide en tres partes” (Ley n.º 30424), por ello, modificaron el artículo 5º de esta Ley, a fin de obtener extremo mínimo y máximo; en consecuencia, seguimos observando que el legislador evita utilizar términos relacionados al ámbito penal, sin embargo, continúa utilizando criterios previstos en el Código Penal para determinar la sanción de una persona natural.

XI. Posibilidad de aplicación

El artículo 16 de la Ley n.º 30424, modificado por el artículo 16 del Decreto Legislativo N.º 1352, prevé la posibilidad de que el juez resuelva procesalmente el sobreseimiento de la causa, dejando sin efecto la sanción impuesta (D. Leg. N.º 1352).

También prevé la suspensión de la ejecución de las medidas impuestas y sus efectos ante la reparación total del daño y con la obligación de adoptar e implementar un modelo de prevención. Por lo que debemos señalar que, en este criterio sí observamos una diferencia en cuanto a la ejecución de la medida impuesta, lo cual se aplica en la ejecución de las penas impuestas ante los delitos cometidos por los individuos, sean delitos de cuello blanco o delitos comunes, ya que se tiende a criminalizar conductas y disminuir beneficios.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley n.º 30424 y del Decreto Legislativo N.º 1352 previeron que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado. Esta causa de exención de “responsabilidad administrativa” de la persona jurídica no guarda características equiparables a las causas que eximen responsabilidad penal a una persona natural ante la ausencia de culpabilidad de esta.

Sin embargo, “es indudable que las consecuencias accesorias prevén auténticas sanciones contra personas jurídicas pues implican una limitación coactiva de derechos” (Abanto Vásquez, 1997, p. 158), no obstante, podemos advertir que estas consecuencias devienen en inútiles ante esta salida adoptada por el legislador previstas en el anterior párrafo.

XII. Ámbito procesal

No es exagerado mencionar que, conforme a la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo n.º 1352, la, investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, es decir, el proceso a estas se tramita en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposiciones del Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 1352).

Además, la cuarta disposición complementaria final de este decreto establece que la persona jurídica puede ser asistida por la defensa pública, en caso lo requiera, bajo los alcances de la Ley n.º 29360, Ley del Servicio de Defensa

Pública, del Decreto Supremo 007-2012-JUS y demás normas conexas (Decreto Legislativo N° 1352), resultando cuestionable esta medida adoptada por el legislador, ya que la defensa pública “funciona como garantía básica del Acceso Efectivo a la Justicia de todas las personas, en particular las de mayor vulnerabilidad, sin discriminación alguna, para el pleno goce de los derechos humanos, y de los servicios del sistema judicial” (Defensa pública, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, s. f., párr. 1).

No obstante, debemos señalar que en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, el Decreto Legislativo n.º 1352, a través de su única disposición complementaria derogatoria, establece la derogación del artículo 8º del Decreto Legislativo n.º 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el lavado de activo. Es decir, se deroga la consecuencia accesoria aplicable a la persona jurídica ante la comisión del delito de lavado de activos, siendo el objetivo más importante al promulgar estas normas, ya que, de conformidad con el artículo 17 señalado líneas anteriores, la consecuencia accesoria podría ser inaplicable.

Entonces, nos preguntamos si la dogmática penal está de alguna manera enfrentada a la labor que realizan jueces y fiscales, ya que se deben resolver los casos con cierta calculabilidad y racionalidad (Cfr. Reátegui Sánchez, 2014, p. 133), sin embargo, el legislador establece normas que, a pesar de asegurar drasticidad ante delitos de gran afectación social como es lavado de activos, las normas que promulgan permiten advertir lo contrario.

XIII. Conclusiones

- Las normas que fueron materia de análisis tienen todos los “ingredientes” de una responsabilidad penal, ergo, la denominación “administrativa” no es más que un “fraude de etiquetas” que oculta la naturaleza de las sanciones a imponer a las personas jurídicas.
- La persona jurídica es sancionada por la comisión de un delito dentro de un proceso penal y por un juez penal, entonces, su responsabilidad es penal, en

consecuencia, no es posible suponer que la sanción es administrativa, puesto que existiría la posibilidad de que la persona jurídica utilice los estándares más flexibles y menos garantistas del proceso administrativo sancionador.

- La denominada responsabilidad administrativa de la persona jurídica no es más que la responsabilidad penal de la persona jurídica al utilizar el legislador figuras jurídico-penales respecto a la responsabilidad de la misma, de manera que la academia se siente forzada a interpretar las palabras del legislador, siendo que la teoría del delito que hemos concebido después de siglos de estudio, resulta ser un paradigma que no satisface las nuevas exigencias del legislador, el cual, más allá de la intención de ingresar al OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), y de no utilizar en el encabezado de las normas promulgadas el término “responsabilidad penal” sacando el adjetivo “penal” por “administrativo” debido a la exigencia de los gremios empresariales, evitando vincular a la persona jurídica con el término “acción penal” establecido en los artículos del Código Penal que citan estas normas, lo que viene haciendo es exigir un nuevo paradigma con la finalidad de satisfacer sus nuevas exigencias (ley) que deberán ser interpretadas por la academia.

XIV. Recomendaciones

- Se debe renunciar a la pretensión de fundamentar sanciones a la persona jurídica en base al concepto de culpabilidad manejado en el Derecho penal liberal, siendo necesaria la creación de un Derecho penal propio de las personas jurídicas que no se sustente en el principio de culpabilidad, sino en la responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad.
- Es necesario adoptar una teoría del delito especial para las personas jurídicas, de tal manera que las categorías dogmáticas del derecho penal clásico no se vean distorsionadas o desnaturalizadas.

Algunos alcances sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

Basic issues about the criminal responsibility of the official of compliance

Juan Víctor Arias Jiménez

Estudiante del décimo ciclo de Derecho de la Universidad de San Martín de
Porres

juan_arias3@usmp.pe

Resumen: Este artículo se constituye por un tema resonante en los últimos tiempos, el “Compliance”, también conocido como programa de cumplimiento normativo, aunque en este caso desarrollaremos solo el programa de cumplimiento normativo penal. El objetivo de esta investigación es analizar la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento y sus funciones dentro de una estructura empresarial. Siempre teniendo en consideración el marco normativo peruano.

Palabras clave: Programa de cumplimiento / Oficial de cumplimiento / Omisión impropia / Garante.

Abstract: This article is constituted by a resonant topic in recent times, "Compliance", also known as a regulatory compliance program, although in this case we will develop only the criminal regulatory compliance program. The objective of this investigation is to analyze the criminal responsibility of the compliance officer and his functions within a business structure. Always taking into account the Peruvian regulatory framework.

Keywords: Compliance / Compliance officer / improper omission / Guarantor.

I. Introducción

El presente trabajo versa y tiene como eje temático los delitos económicos, este es sin embargo un tema bastante amplio, es por ello que la investigación se

centra en un tema bastante trascendente en los últimos tiempos, como es el Programa de Cumplimiento Penal.

Sin embargo la presente investigación no abordara el estudio de un tipo penal en concreto, sino en un personaje que adquiere relevancia en la labor de vigilancia y control dentro de los entes colectivos, se trata del oficial de cumplimiento normativo, o también denominado “Compliance Officer”. En estricto esta investigación es una investigación descriptiva y tiene como principal objetivo dejar claro bastantes puntos que parecen estar en la nebulosa con la reciente incorporación de normas que hacen responsable penalmente a la persona jurídica.

En relación a lo anteriormente mencionado, tenemos como objetivo principal determinar responsabilidades del oficial de cumplimiento dentro de una estructura empresarial, esto sin embargo, no es tan fácil por las nuevas legislaciones que enmarcan estos temas.

Finalmente, se pretende llegar a conclusiones sobre los límites de responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento Penal. Además de establecer los grados de responsabilidad al que debe someterse un oficial de cumplimiento ante la infracción normativa penal en una empresa.

II. Qué es el *compliance penal*

Para empezar es importante explicar porque se utiliza la denominación de Compliance Penal, para hablar del programa de cumplimiento de las normas de naturaleza penal. La palabra Compliance no deriva del idioma español, como es notorio esta acepción deriva del idioma inglés, y en su lengua originaria tiene el significado de “conforme” o de “cumplimiento”. Por otro lado se ha decidido conjugar ambas palabras para referirme al programa de cumplimiento normativo penal.

Se podría definir al programa de Cumplimiento Penal como una herramienta, que por antonomasia tiene carácter preventivo. Sin embargo su función no acaba con la prevención, sino que una vez ya realizado el quebrantamiento normativo,

el Compliance sirve para identificar, gestionar las formulas y acciones en reacción al hecho anti jurídico y por ultimo tiene el objetivo de hacer conocer a las autoridades, del hecho delictivo, si fuera necesario, sin embargo terminaría siendo insuficiente una definición de lo que es el modelo de prevención, si es que no mencionamos lo que la norma nos dice sobre este programa de Cumplimiento.

El desarrollo de este programa de cumplimiento normativo en materia Penal, se ha podido regular en el artículo 17 de la ley 30424, en este instrumento normativo se ha podido dar algunos alcances de lo que en la doctrina se denomina "Compliance", en primer lugar se refieren a este como un modelo de prevención de delitos; las características con las que tiene que contar el referido modelo, es que este se amolde a los requerimientos de la empresa y los riesgos que emanan de ella, sin soslayar las características y necesidades de la empresa en donde se implementara este programa de cumplimiento.

Sin embargo, desde mi punto de vista hubiera tenido que desarrollarse un poco más el concepto o definición de lo que es el programa de cumplimiento en materia penal. Esto hubiera sido posible aunque sea en el reglamento de la referida norma, sin embargo esta tampoco tiene una definición precisa de lo que es el Programa de Cumplimiento normativo en materia penal

Ya dejando a un lado lo estrictamente normativo, en la doctrina también se han elaborado algunos conceptos importantes para lograr tener un entendimiento claro de lo que es un modelo de Prevención Penal. Por ejemplo el jurista español Silva Sánchez (2013) entiende que el Compliance deriva de una cultura de respeto a la norma; "compliance se manifiesta ya desde el origen de la propia cultura del cumplimiento normativo. Dicha cultura, en efecto, no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia en sentido amplio) propias del estado". (p.192)

Desde mi punto de vista es totalmente adecuado que podamos apreciar el enfoque muy particular del que parte el mencionado jurista, el hace referencia a que el concepto de Compliance parte de una cultura de respeto a la norma, es decir que siendo el Compliance un programa con una serie de medidas y

políticas que tengan la capacidad para lograr la prevención de ilícitos dentro de la estructura empresarial. Existe sin embargo un punto bastante interesante refiere que el Compliance es una expresión del otorgamiento a la empresa de la responsabilidad de prevenir delitos, es decir esta función que antes solo era competencia del estado ahora también será responsabilidad de la empresa.

En el ámbito nacional también ha existido una serie de juristas que han podido desarrollar el tema del modelo de prevención, por ejemplo para García Caveró (2017):

Al final, el *Compliance* se reduciría a la disposición de cumplir con la ley. Sin embargo la observancia de la legalidad no es tan fácil de conseguir en el marco de las empresas complejamente organizadas, en la medida que en ellas intervienen una pluralidad de personas desde diversas posiciones y con intereses individuales muy distintos.(p.34)

En referencia a lo mencionado por el profesor Percy García Caveró, es preciso que podamos centrarnos en la primera parte de sus palabras que aunque parezca sumamente reducido lo que menciona, es básicamente de lo que trata un programa de cumplimiento, es el compromiso de la empresa de no quebrantar las normas, siento este el caso de un programa de cumplimiento de naturaleza penal, se buscaría evitar la comisión de delitos dentro de una empresa, y si ya los hubiera este seguro serviría para tener un protocolo adecuado de reacción y tratamiento frente a la comisión de un delito.

Ya con estos conceptos bien elaborados, ya que, en primer lugar el profesor María Silva Sánchez nos da un concepto bastante sucinto pero muy especial, y por otro lado el profesor Percy García Caveró, es muy preciso y toca el punto más importante de lo que es un programa de cumplimiento normativo. A partir de estos conceptos se nos hace más fácil generar un concepto propio sobre lo que es un programa de cumplimiento penal. En primer lugar entendemos que el actor principal en la tarea de la prevención del quebrantamiento de la ley es el estado, sin embargo en los últimos tiempos se le ha delegado esa tarea a las propias empresas. Es a partir de ello que entendemos que el *Compliance* tiene

como principal objetivo la evitación del quebrantamiento normativo, dentro de una estructura empresarial.

La motivación para la implementación de un *Compliance* Penal, es de diverso tipo, una empresa podría verse motivada a implementar un programa de cumplimiento si es que quisiera ganar más prestigio, pero hay otros casos en que la norma obliga a la implementación de un programa de cumplimiento penal. En relación a lo antes mencionado, es preciso aclarar que el reglamento de la Ley n.º 30425, ha establecido que en su segunda disposición complementaria final que existen ciertas personas jurídicas que son consideradas sujetos obligados, estamos ante el caso de las empresas financieras.

En la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo n.º 1106, se puede observar que la norma se refiere a todas las instituciones sometidas al control y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de fondo de pensiones. Estas antes mencionadas según la norma serían personas jurídicas con el deber de implementar un mecanismo de control que logre evitar la comisión del delito de lavado de activos. En conclusión la propia norma obliga a que todas las instituciones y personas jurídicas que sean supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de fondo de pensiones, tienen que tener un *Compliance* que pueda evitar a comisión del delito de lavado de activos.

La razón de implementar esta medida tendría que ver con que muchas veces el delito de lavado de activos, sirve como promotor o instrumento para delitos que son muy dañinos para la sociedad, por ejemplo financiamiento del terrorismo, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal. Es por ello que para hacer una lucha integral contra la gran criminalidad, es importante atacar al lavado de activos que en cierta forma es un medio e incentivo para la comisión de estos delitos.

III. La modernidad como una sociedad del riesgo

Un factor de suma importancia respecto a la criminalización de las personas jurídicas, y con ello el surgimiento de la autorregulación por medio de un *compliance*, es la necesidad del estado de reprimir conductas que para la sociedad son reprochables penalmente.

El hecho de aceptar que la empresa tiene una voluntad, que podría verse representada en sus políticas internas para cumplir con determinados fines, el típico ejemplo en que se le atribuye a la empresa la capacidad e intenciones de firmar contratos, por lo que no sería nada nuevo que la empresa pueda también firmar contratos fraudulentos o que tienen solo fines servir como fachadas para esconder dinero proveniente de actividades ilícitas.

Eso sumado a la realidad en la que la implementación de un programa de autorregulación penal, no es prioridad en las empresas, genera que el derecho penal, deba establecer consecuencias jurídicas, dentro de un procedimiento penal; esto ha generado en nuestra legislación, que se pueda crear un programa de cumplimiento con la finalidad de prevenir delitos dentro de una estructura empresarial.

IV. Finalidad e importancia de un programa de cumplimiento dentro de una empresa

Se podría entender que el *Compliance* es un mecanismo interno, que cada empresa posee y que tiene como su principal objetivo la observancia de la ley en las actividades corporativas. Sin embargo la finalidad del *Compliance* tiene claros objetivos, como son: La prevención de determinados delitos dentro de la estructura empresarial, por otro lado existe un objetivo que trasciende la comisión de infracciones a la norma, es decir si ya se hubiera cometido a infracción normativa el *Compliance* se activa y cumple una función muy importante la cual es la organización de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección, imposición de consecuencias internas y por ultimo una oportuna comunicación a las autoridades.

Ya habiendo podido identificar los objetivos o finalidades del programa del programa de cumplimiento, es necesario que nos centremos en la importancia de este; es importante que se haya tratado ambos temas en un solo apartado, ya que a partir de las finalidades del programa de cumplimiento se puede extraer la real importancia de un programa de cumplimiento.

La importancia de un programa de cumplimiento normativo, radica en varias razones, sin embargo es preciso que podamos relacionar la importancia del programa de cumplimiento con las finalidades que la norma le ha otorgado a este programa de cumplimiento. En principio es la propia norma que le atribuye la función de prevenir delitos, de tal forma que en principio es importante para evitar la comisión de delitos, también es importante ya que entrega esta actividad de prevención delictiva que antiguamente había sido propia del estado, para ahora ser la propia empresa la que cree mecanismos para prevenir delitos.

La cultura de fidelidad al derecho, también es de suma importancia cuando se habla de estructuras empresariales, ya que sería una especie de concientización para la no comisión de delitos. Y suma la tarea general del estado de evitar la comisión de delitos, dentro de la sociedad.

V. Un buen programa de cumplimiento como contención de la responsabilidad penal

En este apartado básicamente se desarrollara en que consiste un programa de cumplimiento eficaz, además de poder analizar las consecuencias de la implementación de un programa de cumplimiento que pueda lograr la finalidad de evitar la comisión de delitos dentro de una estructura empresarial.

Un buen programa de cumplimiento normativo, debe tener una serie de requisitos y características, entre estos tenemos por ejemplo la identificación de riesgos, la definición de medidas de prevención, detección y comunicación ante

la comisión de delitos, la debida estructuración del sistema de cumplimiento que evite la comisión de delitos.

El hecho de informar a toda la organización empresarial del programa de cumplimiento es vital para darle mayor efectividad en cada uno de los niveles de la organización, que se pueda incentivar a vigencia del programa de cumplimiento normativo también es vital dentro de una estructura empresarial. Por ultimo un programa de cumplimiento no estaría completado si es que no se prevean medidas para cuando ya se ha realizado el quebrantamiento normativo, es por ello que un programa de cumplimiento eficaz debe contar con medidas de reacción ante el quebrantamiento de una norma, para que seguidamente se le atribuya una sanción a los responsables.

Ya habiendo dado algunos aspectos generales de lo que debe integrar un programa de cumplimiento penal, es necesario que podamos remitirnos a la norma para poder observar cual es la consecuencia de la implementación de un programa de cumplimiento penal eficaz. En el artículo 18 de la Ley 30424, se observa que si existió un modelo de prevención previo a la comisión de un delito, entonces la consecuencia es que, ya sea el fiscal o el juez, deba tomar la decisión de archivar o sobreseer el proceso.

Sin embargo es preciso mencionar que no solo antes de la comisión del delito se generan consecuencias para la persona jurídica, sino que aun ya habiéndose cometido el delito y no teniendo la empresa un programa de cumplimiento normativo, se podría atenuar las penas a esta.

VI. Qué es un oficial de cumplimiento

Tanto la Ley n.º 30424 como el reglamento de esta ley, han establecido a un personaje que tiene un papel realmente importante dentro de la configuración de un *Compliance*, estamos hablando del ente o persona encargada del buen funcionamiento de este programa de cumplimiento normativo.

En la Ley n.º 30424, se menciona dentro de los requisitos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento que pueda tener eficacia, a un sujeto con las siguientes características: Órgano o persona, que debería ser designado obligatoriamente por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, y que dentro de la empresa debería desempeñarse como un auditor previniendo la comisión de delitos.

La doctrina por su parte también ha desarrollado la definición de lo que es un oficial de cumplimiento. Entre los juristas más representativos que han desarrollado algo sobre el oficial de cumplimiento tenemos a Silva Sánchez (2013): “la empresa transfiere la gestión del programa de cumplimiento a un compliance Officer o a un departamento de cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un Chief Compliance Officer (CCO).” (p.198)

Podemos observar como el jurista antes referenciado tiene una visión muy acertada de lo que es un oficial de cumplimiento, ya que de la cita antes mencionada, se puede extraer que el administrador de este programa que tiene como principal objetivo la evitación de la comisión de delitos es el personaje denominado oficial de cumplimiento.

En la doctrina uruguaya por ejemplo se ha podido recoger este concepto de oficial de cumplimiento “Vulgarmente se podría decir que el Oficial de Cumplimiento es el encargado de la prevención de la utilización del Lavado de Activos en cada Institución supervisada por el Banco Central del Uruguay” (Nicolás Pereyra, 2011, p. 48).

Entre los juristas nacionales que también han desarrollado el tema de oficial de cumplimiento tenemos a García Caveró (2017) el menciona que:

[P]ara la idoneidad de sistema de prevención es necesario que exista una persona u órgano nombrado por la persona jurídica, a la que se le asigne la función de auditoría interna de prevención. Su dedicación dependerá evidentemente de las dimensiones de la

empresa. Pero lo que siempre deberá tener a disposición son los recursos y el personal necesarios para cumplir adecuadamente con su función. (p.191)

Ya teniendo estos dos conceptos se hace ya suficiente para tener un entendimiento claro de lo que es un oficial de cumplimiento normativo, respecto a este última cita podemos comentar que es bastante acertada y simple el concepto que nos da García Caveró, ya que menciona que el oficial de cumplimiento es un ente auditor, esto nos da a entender que el oficial de cumplimiento normativo es un personaje con obligaciones de cautelar y administrar la evitación de comisión de delitos dentro de la estructura empresarial.

VII. Funciones del oficial de cumplimiento

Es importante que podamos establecer de qué se encarga la persona que tiene la responsabilidad de que este programa se pueda llevar a cabo de la forma más idónea y eficaz posible, “el oficial de cumplimiento” como es denominado en la doctrina, este sujeto dentro de la se desenvuelve dentro de una estructura empresarial y tiene una tarea realmente importante. Así lo establece el Decreto Legislativo n.º 1352, así como la (Ley n.º 30424). En esta última se menciona lo siguiente respecto al sujeto u órgano encargado de la prevención de delitos.

Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración. (Art. 17.2 lit. a))

Lo antes mencionado, nos proporciona a grandes rasgos las funciones y algunas características del órgano encargado del cumplimiento de la prevención de delitos dentro de la estructura empresarial. En primer lugar menciona que, puede ser un órgano u persona, haciendo referencia a que pueden ser una sola persona o un equipo que se encargue de dicha tarea. Por otro lado nos menciona que dicho sujeto u órgano tendría que estar designado por el más alto cargo de la empresa, esto seguro con la finalidad de crear un compromiso con los más altos directivos de la empresa. Por otro lado hace referencia a un dato muy importante, esto es la autonomía con la que debe desenvolverse este órgano, ya que, esto faculta a que pueda ejercer su trabajo de forma totalmente eficiente, sin tener injerencia de los más altos cargos de la empresa.

Respecto a las funciones específicas del oficial de cumplimiento, la doctrina nos ha proporcionado algunas críticas que nos deben llamar la atención. Entre las principales tenemos que se observa que dicha persona o órgano encargado de la prevención, no es un órgano propio, sino que es un órgano que está dentro de la estructura empresarial, con ello podría verse mermada la autonomía, y con ello fue eficiente funcionamiento.

Otra importante observación que hace Gómez – Jara Diez (2018) es que “tampoco se establecen cuáles son sus funciones. Únicamente se indica que debe ejercer su función con autonomía – sin especificar en qué consiste dicha función”. (p.30). Sin lugar a dudas que deja mucho que desear que la norma no sea lo suficientemente específica como para poder darnos los parámetros de actuación del oficial de cumplimiento penal.

A pesar de que la norma peruana no nos proporciona parámetros de actuación del oficial de cumplimiento, la norma internacional si es mucho más específica respecto al parámetro de actuación es así que podemos tomar como guía el estándar internacional proporcionado por la ISO 19600, en esta norma internacional se establece las funciones del encargado del *compliance* en una estructura empresarial.

- a) Identificar las obligaciones del *compliance*, con el apoyo de los recursos necesarios, y traducir esas obligaciones en políticas, procedimientos y procesos viables;
- b) Integrar las obligaciones del *Compliance* en las políticas, procedimientos y procesos existentes;
- c) Proporcionar u organizar apoyo formativo continuo a la plantilla para garantizar que todos los empleados relevantes son formados con regularidad;
- d) Promover la inclusión de las responsabilidades de *Compliance* en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos de gestionar del desempeño de los empleados;
- e) Poner en marcha un sistema de información y documentación de *Compliance*;
- f) Desarrollar e implementar procesos para gestionar la información, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, un canal de denuncias anónimas u otros mecanismos;
- g) Establecer indicaciones de desempeño de *Compliance* y supervisar y medir el desempeño de *Compliance*;
- h) Analizar el desempeño para identificar a necesidad de acciones correctivas
- i) Identificar los riesgos de *Compliance* y gestionar aquellos riesgos que relacionados con terceras partes, tales como proveedores, agentes, distribuidores, consultores y contratistas;
- j) Asegurar que hay acceso a un asesoramiento profesional adecuado para el establecimiento, implementación y mantenimiento del sistema de gestión de *Compliance*;
- k) Proporcionar asesoramiento objetivo a la organización en materias relacionadas con *Compliance*
- l) Proporcionar a los empleados acceso a los recursos de los procedimientos y referencias de *Compliance*

m) Proporcionar asesoramiento objetivo a la organización en materias relacionadas con el *Compliance* (Carlos Gómez Jara – Díez, 2018, p.31)

La importancia de proporcionarle precisión a las funciones del oficial de cumplimiento penal, es de vital importancia ya que, es a partir de esta tarea que le podemos delimitar mejor las responsabilidades de este personaje tan importante en la implementación de un programa de cumplimiento penal.

Entre las funciones antes desarrolladas por la ISO 19600, es preciso que podamos resaltar a las más importantes; en primer lugar la identificación de los deberes del programa de Cumplimiento, es de vital importancia ya que se establece cuáles serán las obligaciones que deberá tener el *Compliance*, es decir el mismo programa de cumplimiento se pone a sí mismo, ciertos imperativos que deberán ser cumplidos, si podríamos darle otra denominación quizá, podamos llamarle meta a cumplir por el programa de cumplimiento.

Por otro lado, es de suma importancia llevar a la práctica lo plasmado en el plan del programa de Cumplimiento, la forma de introducir en el funcionamiento de la estructura empresarial los lineamientos del programa de cumplimiento es mediante políticas, que puedan efectivizar y concretizar las ideas planteadas en los programas de cumplimiento penal. Sin embargo ahí no acaba la tarea, ya que, se tiene que acoplar el programa de cumplimiento a todos los procedimientos existentes en la estructura empresarial, generando toda una estructura de funcionamientos y procedimientos irradiados de los lineamientos del programa de cumplimiento penal.

Desde mi punto de vista es totalmente idóneo el desarrollo de unas tareas bien estructuradas y específicas, que la norma no nos proporciona sino que tenemos que recurrir a los lineamientos internacionales para poder llenar ese vacío y dotar de contenido a nuestra norma nacional.

VIII. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento

Para poder determinar de una manera adecuada algunas hipótesis de imputación del oficial de cumplimiento normativo, es necesario que podamos establecer algunos puntos claros, en primer lugar es vital para imputarle a un miembro de la estructura empresarial, como es el oficial de cumplimiento, las funciones y los roles dentro de la empresa, además de poder determinar su estatus jerárquico.

Respecto a las funciones y roles del oficial de cumplimiento ya se han desarrollado en el anterior apartado las funciones y el rol de garantizar la idoneidad del programa de cumplimiento, que implica que tiene que ejecutar todas las acciones que están dentro de sus manos para evitar la comisión de delitos.

IX. Hipótesis predominante de imputación

La omisión impropia o comisión por omisión, es aquella falta de acción de un sujeto obligado a actuar, ya sea por la circunstancia en la que se encontraba, o por el hecho de que asumió una fuente de riesgo, lo que le otorgara un papel de garante dentro de la circunstancia.

Para la imputación de un delito por comisión por omisión, son necesario dos requisitos, en primer lugar la posición de garante del sujeto a quien se le está imputando el delito, como modo de ejemplo y como forma de empezar a relacionar la imputación de comisión por omisión, con la función del Oficial de cumplimiento, podemos decir que este sujeto es un personaje obligado por que el mismo voluntariamente ha asumido el papel de garante de una situación de riesgo que es la estructura empresarial, en donde se desempeña, por lo que tendrá que actuar, para evitar la comisión de delitos.

Por otro lado la sola posición de garante, no es suficiente para poder imputar la omisión impropia, sino que se hace necesario que también lo que en doctrina se denomina equivalencia jurídica, esto es que fenoméricamente la omisión equivalga a la acción, es decir tendría que existir lo que se denomina nexo de

evitabilidad, esto no es otra cosa que el autor tenga o haya tenido la posibilidad de realizar la conducta que ha omitido.

Sin embargo para la imputación de un delito omisivo no es suficiente, que solo se configuren los elementos objetivos del delito, sino que también se hace necesario que concurren los elementos subjetivos del delito estamos hablando de que esta persona tenga el conocimiento de la situación que posee, esto es la posición de garante, y por otro lado que tenga en su mente el conocimiento de la posibilidad de evitar el resultado. En el caso de un oficial de cumplimiento es muy complicado que se dé un caso de desconocimiento de su papel de garante, sin embargo lo que sí podría configurarse es un error sobre la posibilidad de actuar y evitar el resultado.

Sin embargo hay un elemento que no debe confundirse, el programa de cumplimiento se hace con la finalidad de prevención de un catálogo de delitos cerrados que la Ley 30424 menciona, por lo que una responsabilidad de comisión por omisión del oficial de cumplimiento de un delito ajeno a este catálogo cerrado sería imposible.

Otro punto que es importante mencionar es que siguiendo la misma línea de lo antes dicho, no podría responsabilizarse a la persona jurídica por la acción de un tercero que comete el delito para su propio beneficio, por lo que solo podrá ser responsable de un desperfecto que hubiere podido ser evitado por él, que será aprovechado por la empresa.

Un tema que es necesario mencionarlo es que la norma se refiere a una persona u órgano que se encargara del cumplimiento, por lo que no sería nada descabellado poder presumir que la responsabilidad de gestión y administración del programa de cumplimiento, recaiga sobre todo un equipo de varias personas, con lo que consecuentemente se tendría que delimitar y determinar las funciones de cada sujeto para poder identificar la omisión de la función y del papel de garante.

En cuanto a la hipótesis que plantea que sería imposible responsabilizar al oficial de cumplimiento ya que, él no tiene una capacidad ejecutiva, lo cual coadyuva a la tesis en la que no se podría cumplir con el presupuesto de nexo de evitabilidad que es un presupuesto aceptado en doctrina para responsabilizar al oficial de cumplimiento, ya que, esta capacidad de evitar con una acción la comisión de un delito solo le compete al directorio que es el verdadero ente con capacidad de acción para evitar estos resultados delictivos.

En ese sentido se manifiesta Robles Planas (2013):

[E]l responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, sino que lo asumido es solo una parte: el deber de investigar y transmitir información a órgano superior – auténtico competente primario de la evitación de delitos. (p.324)

Claramente la posición de este jurista contradice la posibilidad de hacer responsable al oficial de cumplimiento por la comisión de un delito dentro de una estructura empresarial, desde mi punto de vista lo determinante es poder analizar la responsabilidad que asume el oficial de cumplimiento dentro de la estructura empresarial, si esta es la de un personaje con un protagonismo que pueda y tenga las facultades de evitar la comisión de un delito y no lo hace entonces sería totalmente legítimo que se le impute una comisión por omisión.

Una circunstancia en la que la doctrina se ha inclinado por responsabilizar al oficial de cumplimiento es en aquellos casos en los que la persona obligada que está a cargo del programa de cumplimiento encuentra indicios de comisión de delitos pero aun así, decide dejar pasar la situación o no reportar el caso, con lo que estaría favoreciendo a que este delito se cometa.

Dopico Gómez–Aller (2013), sostiene:

Cuando hablamos de omitir iniciar o instar una investigación ante denuncias o indicios de regularidad, son aplicables las consideraciones expuestas supra. La omisión de una investigación, con plena conciencia de que existen indicios de delito, puede ser un modo doloso de ocultar o no interrumpir una conducta delictiva ajena en curso o futura, lo cual puede suponer una colaboración en el delito ajeno. Es razonable hablar de un dolo de no interrumpir una actividad delictiva en curso cuando se decide no investigar unos hechos a sabiendas de que existen indicios de un delito. (p.183)

No hay dudas de que si ya se estuviera cometiendo un delito y tú eres el administrador de programa del cumplimiento de la ley penal dentro de una institución, y si no haces algo para evitar que se siga realizando esta afectación a la norma, serás responsable o al menos habrás favorecido a la comisión del delito.

X. Conclusiones

1. El *compliance* o programa de cumplimiento tiene como finalidad principal, la labor de control y vigilancia, para que con la ayuda y cooperación del directorio se eviten cometer delitos dentro de la estura empresarial, y que se pueda interiorizar una cultura de fidelidad al derecho.
2. Las sociedades actuales, han evolucionado en todo sentido de tal forma que los criminales ahora utilizan personas jurídicas para hacer más eficiente su accionar ilícito. Es en ese sentido que otorgarle la atribución a la propia persona jurídica de auto controlarse, es un gran avance y se condice con el principio de autoregulación.

3. La importancia de un programa de cumplimiento radica en que evitaría la comisión de delitos, lo cual es beneficioso para la tarea del estado de evitar e quebrantamiento de la norma, pero por otro lado también es importante en el sentido de que ya no es el estado quien tendrá que cargar con la responsabilidad de reaccionar y tomar las medidas para evitar a comisión de un delito, sino que ahora la propia empresa tendrá que asumir ese rol.

4. La propia norma penal es aquella que plantea que un adecuado programa de cumplimiento penal, tendría la capacidad de evitar la comisión de hechos delictuosos dentro de una empresa. Es así que la intención de la norma es que el programa de cumplimiento evite que se cometan delitos en la empresa.

5. El oficial de cumplimiento es un sujeto con la finalidad de gestionar y administrar el programa de prevención de delitos, entre las principales características con las que debe contar es con la autonomía, para evitar que intromisión del directorio en el buen funcionamiento del programa de cumplimiento, por otro lado también se identifica que el oficial de cumplimiento tendría que tener el rango de gerente para cumplir con esa autonomía, por otro lado la propia norma le atribuye la obligación de supervisar del buen funcionamiento del programa de cumplimiento.

6. Respecto a las funciones de un oficial de cumplimiento, es preciso guiarnos de la norma, sin embargo esta solo nos menciona que tendría que ser un personaje que goce de autonomía.

7. Respecto a la imputación del oficial de cumplimiento, es preciso mencionar que la formular más importante para hacer que sea responsable penalmente

de un delito sería mediante la comisión por omisión, Sin embargo, esta fórmula se verá limitada por el dolo requerido por este tipo de delitos, además de que es necesario que se cumpla con el nexo de evitabilidad, es decir que tenga la posibilidad de evitar su comisión.

La problemática de la autoría y participación en la criminalidad empresarial del Derecho penal económico

*The problema of authority and participation in business criminality of economic
criminal law*

Renzo Dante Mendoza Urrutia

Estudiante del décimo ciclo de Derecho de la Universidad de San Martín de
Porres

renzo_mendoza1@usmp.pe

I. Introducción

El derecho penal económico al tener su contextualización desde antaño, ha llegado a consolidarse como una rama independiente del derecho administrativo, pero su evolución lo conllevó a absorber problemas del propio derecho penal. En la presente contribución, el autor se enfocará exclusivamente a abordar sucintamente los problemas con respecto a los grados de intervención (autoría y participación) en el entorno de la criminalidad empresarial del derecho penal económico, teniendo en consideración que dentro de la parte especial del derecho penal económico (código penal); se aborda delitos comunes como especiales, lo cual nos conlleva a mencionar también las famosas teorías del dominio del hecho y la de infracción al deber, que tendrán un tratamiento distinto en razón a que si el tipo penal recoge la figura del *extraneus* o no.

En este sentido, se verá que la finalidad del derecho penal económico se enfocará exclusivamente sobre las empresas que nacieron con una finalidad de actividad lícita, pero dentro de ella se cometieron ilícitos penales, en otras palabras; las actividades de las empresas no tenían como fin un actuar ilícito.

Por lo tanto; dentro de las consideraciones problemáticas, el autor afrontará; el cuándo necesariamente se hablará de una autoría inmediata, mediata y coautoría, y los diferentes tipos de participación, advirtiendo las varias teorías

que permiten imputar responsabilidad penal a los actores criminales dentro de la criminalidad empresarial del derecho penal económico.

Así también; el autor no será indiferente a los delitos de dominio y de deber en relación a su aplicación con el apartado anterior (autoría y participación); porque como ya se demostrará más adelante, la autoría y participación no necesariamente funcionará igual para todos los delitos económicos.

Por último, se abordará la teoría de la unidad del título de imputación (incorporada en el año 2017 mediante Decreto Legislativo n.º 1351 publicado el 07 de enero del 2017; incorporando el tercer párrafo del artículo 25 del Código Penal) como característica exclusiva y excluyente de los delitos económicos de infracción al deber, enmarcando todo este texto en la criminalidad empresarial y sus eslabones de la empresa (ejecutor material, superiores intermedios y superiores jerárquicos)

II. Autoría y participación en los delitos económicos

1. Antecedentes del concepto de autor y sus clases

La figura de la autoría también tiene sus antecedentes como toda figura, y esta se consolida con criterios multidisciplinarios. En este sentido Díaz y García Conlledo (2008) señala que “Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo” (p.13). Estos tres criterios son los determinantes de la autoría. Titulados también por el profesor Villavicencio Terreros (2014, p. 139) “sistemas delimitadores entre autoría y participación”; siendo su finalidad de estos sistemas, buscar el verdadero rol del autor y la necesidad o no de la existencia de otro interviniente que complementara el actuar del autor (participes).

Con respecto al sistema unitario, Villavicencio Terreros (2014) señala que “los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la

realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas” (p. 461). Por lo que este sistema refleja la causalidad de la teoría de la equivalencia de las condiciones, rechazando la accesoriedad y castigando a todos como iguales.

Por el lado del sistema extensivo del autor, se dice que “(...) autor es todo aquel que ha puesto una condición para la causación del resultado típico, pero esto puede afirmarse también de quien solo presta una colaboración poco significativa, de tal manera que el concepto de autor resulta extraordinariamente extendido” (Villavicencio Terreros, 2014, p. 463). Este sistema carece de una base objetiva (principio de legalidad plasmado en una fórmula legal) debido a que no regulaba expresamente la autoría y participación, haciendo imposible diferenciarlos. También fracasó la incorporación del criterio subjetivista (teoría subjetivista de la participación) a este sistema. Parafraseando a Villavicencio Terreros (2019), en este último criterio del sistema extensivo de autor (subjetivista); se desarrolla; a) el *animus autoris*; quiere el resultado como propio y b) el *animus socii*; que quiere el resultado del hecho a través de otro. Y aquí el problema, ya que ambas figuras no tienen asidero legal ni mucho menos fáctico, existiendo solamente en la mente del interviniente o sujeto.

Llegando finalmente al concepto restrictivo de autor; pues como su nombre lo dice, reduce considerablemente el concepto de autor. Abordando varias teorías, dentro las cuales solo resaltaremos la fundamental, me refiero a la teoría del dominio del hecho, que es la consolidación y evolución de las teorías que le preceden.

En esta idea García Caveró (2019) indica que “La libre organización de la esfera personal lleva consigo una obligación personal de no lesionar a terceras personas. La infracción de este mandato general (...) configura los denominados delito de dominio” (p. 92). Es así que esta teoría es la más adecuada para distinguir entre los tipos de autores y estos con los partícipes. Digo esto debido a la concurrencia de factores objetivos y sobre todo subjetivos que anteriormente

se criticaba. Sin embargo, a parte de Welzen y su finalismo como aporte al dominio del hecho, Maurach tuvo un papel importante debido a como se indica:

Dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso» y «tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo» (Maurach, 1971, p. 627) citado por (Caro John, 2003, p. 2)

Considerando este concepto el más acertado, en razón a su mención del actor y su situación fáctica o, de hecho, tanto que permite determinar al menos con mayor claridad, la intervención y sus aportes entre los autores, diferenciándose con los partícipes. Estos últimos (participes) carecen del dominio del hecho, ya que simplemente se limitan a dar un aporte necesario o no o simplemente determinarlo para la acusación de un ilícito (nos referimos conjuntamente a los partícipes; cómplice primario, secundario e instigador, respectivamente). El mismo criterio se seguirá en la criminalidad empresarial, siempre y cuando, el delito que se reproche sea un delito común mayormente ligado con la teoría del dominio del hecho, pues como se dijo inicialmente, en el derecho penal económico también concurrirán delitos especiales.

La teoría del dominio del hecho, finalmente permitió diferenciar los tipos de autoría con la participación. Siguiendo a Roxin máximo exponente de esta teoría, que en el año 1960 publicó su libro “Autoría y Dominio del hecho en el Derecho Penal” permite entender los tipos de autoría de la siguiente manera:

- Autoría inmediata (Dominio de la acción): “quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos, es autor aun cuando ha cometido el hecho por encargo y en interés de otro” (Roxin, 2013, p. 464). Mencionamos como ejemplo, “A” dispara a “B” y lo mata, entonces “A”, ejecutó directamente la acción, y, por lo tanto, es dueño del resultado. Otro

ejemplo tenemos en el delito de elaboración clandestina de productos (Artículo 271 del código penal), donde “A (el fabricante)” será únicamente el que elabore mercaderías prohibidas, controlando no solo su voluntad sino también su acción que permitirá (si así este lo desea) evitar el resultado final (elaborar el producto).

El autor se allana a la postura de Roxin en donde, el hombre de adelante, será necesariamente autor directo a pesar de que la voluntad del hecho recaiga en otro sujeto (el hombre de atrás), no obstante, no será motivo para que el hombre de adelante responda penalmente (debido a la existencia de una posible coacción, error de prohibición o la presencia de un inimputable), salvo que nos encontremos en un aparato organizado de poder, que explicaremos en el siguiente punto. Por lo tanto, ya ha quedado demostrado esta posición; cuando los soldados tiradores del muro de Berlín, quienes abatieron a fugitivos de la ex Alemania Democrática, fueron tratados como autores pese a que actuaron bajo las órdenes e interés de su gobierno.

El autor directo en la criminalidad empresarial lo será dependiendo la naturaleza del delito (común o especial), pero siendo determinante que el autor directo será el ejecutor material en la mayoría de los casos. Así, lo complementa Montoya Vacadiez (2013) al indicar que “(...) todo el proceso empresarial (...) se caracteriza por una interrelación entre una serie de personas, cuyo último eslabón lo configura aquel individuo (o individuos) que realizan materialmente la conducta punible” (p. 87). Cabe agregar que el ejecutor material realiza con dolo y conocimiento la conducta final (ejecutar) en la mayoría de los casos, la excepción esta cuando los eslabones superiores utilizan o se sirven de ejecutores materiales inimputables, en error de prohibición de estos o simplemente son amenazados o coaccionados.

- Autoría Mediata (Dominio de la voluntad):

hombre de atrás cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en el caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado (...) en estos casos también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor.(Roxin, 2013, p. 465 y s.)

Dentro de la criminalidad empresarial, el autor mediato se encontraba en los eslabones superiores, sin embargo, una de las tantas formas de autoría mediata es la de aparatos organizados de poder, en la cual Díaz y García Conlledo (2008) explica que “Roxin exige que se trate de aparatos de poder al margen o desvinculados del derecho, pues de lo contrario, lo normal es que existan sujetos dispuestos a cumplir órdenes antijurídicas (...) la descarta para la delincuencia en empresas” (p. 133). Y es aquí que nuevamente se hace referencia a la problemática de considerar que una empresa puede fungir como organización criminal. Y el mismo partidario de esta teoría (autoría mediata en aparatos de poder organizados), nos referimos a Roxin, quien indico que este sistema solo está enfocado a organizaciones que tienen como fin el delinquir. Entonces solo será válida “(...) para aparatos organizados criminales y no para la criminalidad que aprovecha estructuras organizativas en principio licitas, como las empresas (...)” (Diez y García Conlledo, 2008, p. 139)

- Coautoría (Dominio funcional o dominio del hecho funcional): “una división de trabajo, en la que no basta cualquier aporte dentro de la distribución de funciones (...) de forma que cada individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo” así también como requisitos se tiene “(...) la decisión común y realización en común (...) la idoneidad de cada autor no solo responde por su aporte, sino también por los aportes de los demás intervinientes” (Villavicencio Terreros, 2019, p. 463).

Sin embargo, esta postura no es compartida unánimemente, a causa de que se discute si necesariamente la no intervención en el mismo hecho debería constituir coautoría o no. Como por ejemplo tenemos el artículo 214 del código penal (delito de usura), en donde el escenario en este caso será de una empresa financiera de créditos, así pues, “A” será quien finalmente conceda un crédito obligatorio, pero con intereses superiores a los permitidos por ley, y por otro lado “B” será el sujeto que se encargara de no solo contactar a los clientes de gran recurso económico sino también quien se encargara de contactarse con dichos clientes para intimidarlos al pago de dichos interés (“B” nunca concedió créditos). Pero también responderá a título de coautor.

2. Antecedentes de la participación y sus tipos

La participación de igual manera que la autoría, se consolidaba bajo el criterio del concepto del autor único, luego fue aceptándose el criterio del autor extensivo, restrictivo, y fue gracias a la teoría del dominio del hecho que se hizo la gran diferenciación de que los partícipes no son autores, sino son cooperadores, pero siempre por conductas dolosas, nunca por conductas imprudentes. De aquí

“El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor. Todas las conductas de los partícipes deben adecuarse bajo el mismo título de imputación por el cual responde el autor. (Villavicencio Terreros, 2019, p. 492 y s.)

Siguiente este mismo enfoque cabe mencionar dos principios importantes que son determinantes en la participación; a) el principio de convergencia y b) el principio de accesoriedad (limitada). El primero advierte que deben coincidir y concentrarse la voluntad de los sujetos que intervienen en la realización conjunta del hecho punible. Complementando esta afirmación se dice que se “puede llegar

al acuerdo de voluntades ya sea previa al delito como también durante su ejecución” (Villavicencio Terreros, 2019, p. 492 y s.) citado de (Conde-Pumpido Ferreiro), 1997, p. 920). Por otro lado, el principio de accesoriedad tiene un gran desarrollo, sin embargo, solo mencionaremos el más actual y predominante (accesoriedad limitada). Limitado porque solo es transferible el injusto penal mas no la culpabilidad.

Aquí uno de los problemas que advirtió el profesor Miguel Diez y García Conlledo en la participación de criminalidad empresarial, es que hay autores que sostienen que los eslabones intermedios de una empresa no podrían ser instigadores, puesto que solo se dedican a informar o transmitir la orden del superior jerárquico, y por lo tanto son cómplices (postura de Gimbernat). Así desencadenaría la intervención del superior jerárquico que determina a los tantos eslabones intermedios que puede haber en una empresa, configurándose una instigación en cadena (aparentemente) y dicho sea de paso con un gran grado de impunidad al menos en el Perú. Otro problema que también se abordara más adelante.

En nuestra legislación, la participación se divide en instigación y complicidad (esta última en primaria y secundaria). Artículo 24 y 25 del Código Penal Peruano, respectivamente.

➤ Instigación:

De la instigación se deberá entender, el sujeto que hace nacer la idea del hecho punible a realizar en el futuro, parafraseando a Villavicencio Terreros (2013), la instigación es toda conducta activa que hace aparecer en el autor la decisión de una acción delictiva.

Así también, la Corte Suprema se pronunció mediante el R.N. n.º 263-2012, Ucayali, indicando que:

(...) no se advierte la presencia del instigador, dado que el encausado Nelsio Jorge Ubaldo Cano no hizo nacer dolosamente en su coencausado

Edgar Santos Delgado la resolución de ejecutar el acto punible, más bien se aprecia un único designio criminal por parte de ambos encausados (...).

➤ Participación

La participación es la figura que engloba una contribución o cooperación por un sujeto o varios necesariamente dolosa en un delito ajeno. El principio base es la accesoriedad, así Villavicencio Terreros (2014) afirma que “El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello, es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor” (p. 492). Es en este sentido que la participación en la criminalidad empresarial, el sujeto debe contribuir de manera indispensable o no (haciendo referencia al aporte del cómplice primario o secundario) para la realización del ilícito económico, pero siempre con dolo, siendo irrelevante la culpa no solo para el derecho penal económico sino también para el derecho penal en general.

III. La adecuada imputación de responsabilidad penal a los integrantes de la criminalidad empresarial

Debe entenderse por integrantes, a todos los sujetos que fungen dentro de una organización empresarial. Pero no solo limitarnos a este concepto sino también, a los sujetos que actuaron necesariamente con dolo aprovechándose o sirviéndose de su posición en la empresa. Cabe resaltar nuevamente que al menos para el autor, hablaremos de delitos en el marco empresarial, cuando nos referimos a una empresa que nació lícita, pero dentro de ella se cometieron hechos punibles. Además, también dentro de los integrantes se encontrarán los autores y partícipes, indiferentemente de sus roles que cumplan en cada acto.

Ahora con respecto al problema que se plantió inicialmente sobre la autoría y participación (y sus variedades), el autor sigue la postura del rechazo de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, simplemente porque esta

teoría como ya Roxin lo había mencionado, estaría vinculada para dismantelar una criminalidad organizacional, sin embargo, la criminalidad empresarial nunca nació ilícita, ya que si esta naciera ilícita, ya no se consideraría una empresa *strictu sensu*, sino más bien un organización criminal.

No obstante, si es posible hablar de una autoría mediata propiamente dicha, porque en esta los instrumentos si bien podrían actuar con dolo, pero estos no serían sancionados. Un ejemplo para entender esta postura; respecto al delito de minería ilegal, un superior jerárquico, ordena a su empleado que extraiga minerales de una determinada zona sin tener una autorización previa, y de no hacerlo lo amenaza con la pérdida de su trabajo. Aquí, claramente, el empleado (el que realizara la extracción de minerales) actuó con dolo, pero no será reprochable, puesto que fue intimidado.

Ahora, ¿cuándo estaremos hablando de una coautoría en estas estructuras empresariales?, pues creemos que solo hablaremos de coautoría, cuando el delito cometido no es cualificado, es decir el delito sea común, en el mismo ejemplo del párrafo anterior, si tanto el empleador y el empleado busca el resultado provechoso de la extracción de minerales, y además este último (empleado) realiza el hecho con su propio dominio de la acción (sin intimidación u cualquier otro factor ajeno que lo determina a realizar el hecho) se hablara de coautoría. Sin embargo, no funcionara de igual manera para delitos especiales o de infracción al deber; que ya lo abordaremos en el siguiente punto.

Con lo que respecta a la instigación y participación, tendrá el mismo criterio que la coautoría, ya que consideramos que no hay problema alguno siempre y cuando el delito pueda desarrollarse por la teoría del dominio del hecho y mas no por la de infracción al deber. Y sobre la instigación en cadena, al menos para nuestra legislación, la postura de recha es mayoritaria, por lo que, para los delitos en el marco empresarial, la solución ante este problema es la aplicación de la coautoría.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Abanto Vásquez, M. (1997). *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa.

Alcácer Guirao, R. (2004). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*. Lima: Grijley.

Arocena, G. A. (2018). *Criminal compliance*. Lima: Ideas Solución.

Badura, P. (1971). *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden*, Atheneum Verlag. Frankfurt: Erscheinungsdatum.

Bajo Fernández, M. (1978). *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas.

Bernales Ballesteros, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: IDEMSA.

Boehme-Neßler, V. (edit.). (2000). *Wirtschaftsrecht. Basisbuch für Studium und Praxis*, Oldenburg, Wien.

Bottke, W. (1991). *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland Lösungen und Defizite*. Parte 1 y Parte 2. En: Wistra, p. 52 y ss.

Caro John, J. A. (2016). *Summa Penal*. Lima: Nomos & Thesis.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). "Posición de garante del compliance officer por infracción del 'deber de control': Una aproximación tópica". En: Nieto

- Martín, A. & Arroyo Zapatero, L. A. (dirs.). *El Derecho penal económico en la era compliance* (pp. 165-190). Madrid: Tirant lo Blanch.
- Feijoo Sánchez, B. (2005). “Recesión a Frisch, Wolfgang / Robles Planas, Ricardo”. En: Frisch, W. & Robles Planas, R. (dirs.). *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Feijoo Sánchez, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus.
- Feijoo Sánchez, B. (2009). *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- Fernández Segado, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- Frisch, W. (2014). “Sobre la fundamentación de los presupuestos materiales de la imputación objetiva: lo correcto”. En: Frisch, W. & Robles Planas, R. (dirs.). *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- García Belaunde, D. (1993). *Teoría y Práctica de la Constitución peruana*. (Tomo II). Lima: Ediciones Justo Valenzuela V.
- García Cavero, P. (24, 25 y 26 de agosto de 2009). *Ponencias en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Cavero, P. (2010). La persona jurídica como sujeto penalmente responsable. En: Yacobucci, G. (dir.). *Derecho Penal empresario*. (pp. 61.88). Buenos Aires: B de F.

- García Caveró, P. (2014). *Derecho penal económico. Parte general*. (3ª ed.). Lima: Jurista Editores.
- García Caveró, P. (2017). *Criminal compliance en especial compliance anticorrupción y antilavado*. Lima: Instituto Pacífico.
- García Caveró, P. (2018). "Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa". En: Reyna Alfaro, L. M. (dir.). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. (pp. 171-205). Lima: Ideas Solución.
- García Caveró, P. (2019). *Intervención delictiva en estructuras empresariales*. Lima: Ideas Solución.
- Gómez-Jara Diez, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú*. Lima: Instituto pacífico.
- Greco, L. (2019). *Reflexiones sobre el Derecho Penal*. (J. E. Carrión Díaz, trad.). Lima: Grijley.
- Grünhut (1929). "Über den strafrechtlichen Schutz wirtschaftlicher Interessen". En: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtleben, Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichgerichts*. (Tomo V).
- Hassemer, W. (1973). *Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zur einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt.

- Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal Económico. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kahlo, M. (2016). "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal". En: Hefendhl, R., Von Hirsch, A. & Wohlers, W. (dirs.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons.
- Lindemann, C. (1932). *Gibt es ein einiges Wirtschaftsrechts?*
- Martínez-Buján Pérez, C. (2012). *Derecho penal económico*. (1ª ed.). Madrid: Iustel.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2016). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Motoya Vacadiez, D. (2013). Autoría y dominio del hecho en los delitos económicos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 34(97), pp. 85-112. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pereyra, N. (2011). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 10(20), pp. 47-57.
- Polaino Navarrete, M. (2008). *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega.
- Rach, H. (1948). *Grundfragen der Wirtschaftsverfassung*, Godesberg, Küpper.
- Reategui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. (Vol. I). Lima: Instituto Pacífico.

- Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal. Parte general. Temas claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Reyna Alfaro, L. M. (2018). *Compliance y Derecho Penal: is this the end of the world as we know? Breve introducción a los problemas que plantean la Ley n.º 30424 y el Decreto Legislativo n.º 1352*. Lima: Ideas Solución.
- Reyna Alfaro, L. M. (2018). *Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados*. Lima: Ideas Solución.
- Robles Planas, R. (2013). “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho Penal. Criminalidad de empresa y compliance”. En: Silva Sánchez, J. M. (dir.). *Criminalidad de Empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. (pp. 319-331). Barcelona: Atelier.
- Robles Planas, R. (2015). “La ‘teoría de la imputación objetiva’: Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”. En: Frisch, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. (pp. 19-40). Barcelona: Atelier.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. (Vol. II). (M. A. Vásquez, trad.). Lima: Grijley.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. Lima: Euros Editores.
- Silva Sánchez, J. M. (2016). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. (2a ed.). Madrid: B de F.

Sternberg-Lieben, D. (2016). "Bien jurídico, proporcionalidad, y libertad del legislador penal". En: Hefendhl, R., Von Hirsch, A. & Wohlers, W. (dirs.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons.

Tiedemann, K. (1969). *Entwicklung und Begriff des Wirtschaftsstrafrechts*.

Tiedemann, K. (1989). "Wirtschaftsstrafrecht-Einführung und Übersicht". En: *Juristische Schulung* (9), pp. 689 y ss.

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Yacobucci, G. (2010). "Modelos de atribución de responsabilidad penal de la empresa". En: Yacobucci, G. (dir.). *Derecho penal empresario*. (pp. 3-39). Buenos Aires: B de F.

Fuentes electrónicas

Blanco Cordero, I. (2011). *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. Recuperado el 20.8.2019 de <http://criminet.ugr.es/recpc>

Bramont-Arias Torres, Luis F. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius et Veritas* (5), pp. 85-92. Recuperado el 4.8.2019 de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15362>

Díaz y García Conlledo, M. (2008). Autoría y participación. *REJ-Revista de Estudios de la Justicia* (10), pp. 13-61. Recuperado el 10.10.2019 de http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf

Feijoo Sánchez, B. (2009). Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, pp. 1-30. Recuperado el 2.8.2019 de <http://www.ciidpe.com.ar/area1/imputacion%20de%20hechos%20delictivos.feijoosanchez.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (s. f.). *Defensa pública y acceso a la justicia*. Recuperado el 19.11.2019 de <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=1031>

Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6(1), pp. 1-17. Recuperado el 12.7.2019 de <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

Fuentes legislativas

Ley n.º 29360, Ley del Servicio de Defensa Pública, publicado el 14 de mayo de 2009.

Ley n.º 30424. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, aprobado el 1 de julio de 2017.

Decreto Legislativo n.º 635, que aprueba el Código Penal, promulgado el 3 de abril de 1991.

Decreto Legislativo n.º 957, que aprueba el Código Procesal Penal, publicado el 29 de julio de 2004.

Decreto Legislativo n° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, publicado el 19 de abril de 2012.

Decreto Legislativo n.° 1352. Decreto legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, publicado el 7 de enero de 2017.